Vertretung im Empfang

von empfangsbedürftigen Willenserklärungen,

insbesondere auch

bei Mehrheit von Vertretern,

nach Bürgerlichem Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Landes-Universität Rostock

vorgelegt von

Waldemar Koehne,

Gerichts-Referendar.

Berlin 1902.

Druck von Wilhelm Pilz, Berlin N.O., Landsbergerstrasse 108.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549205_0058

Dem Andenken meines Vaters.

Inhaltsübersicht.

Seite

Verzeichnis der benutzten Litteratur VII

Einleitung.

§ 1. Rechtsgeschäft und Willenserklärung Terminologisches 1

§ 2. Insbesondere die empfangsbedürftige Willenserklärung: Uebersicht über ihre rechtliche Natur und Bedeutung 1. Begriff und Fälle 4

§ 3. Fortsetzung: 2. Das Erfordernis der Richtung 7

§ 4. Fortsetzung: 3. Das Erfordernis des Empfanges 9

§ 5. Fortsetzung: 4. Die Person des Erklärungsempfängers . . . 14

Vertretung im Empfang von empfangsbedürftigen Willenserklärungen (s. g. passive Vertretung).

Erster Abschnitt: Allgemeines.

§ 6. Verhältnis der passiven zur aktiven Vertretung. Ihre Berechtigung neben derselben 18

§ 7. Berücksichtigung der passiven Vertretung in Quellen und Litteratur vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch 20

§ 8. Ihre Bedeutung im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs . . 24

Zweiter Abschnitt: Im Bürgerlichen Gesetzbuch insbesondere.

I. Begriff. Abgrenzung nach zwei Seiten.

§ 9. 1. Der passive Vertreter im Gegensatz zur Empfangsperson. Rechtliche und praktische Unterschiede 25

§ 10. 2. Der passive Vertreter im Gegensatz zum passiven Ersatzmann (s. g. mittelbaren passiven Vertreter) 33

II. Thatbestand.

§ 11. 1. Die Beteiligten. Voraussetzungen in der Person eines jeden 34

§ 12. Fortsetzung: Spezialfall, Identität des Erklärenden und passiven Vertreters 40

§ 13. Fortsetzung: Personenmehrheiten als Beteiligte 43

Seite

2. Das Empfangen in fremdem Namen
§ 14. Bedeutung. *a)* Das Erfordernis der Erkennbarkeit bei Abgabe der Erklärung. Wirkungen der Nichterkennbarkeit . 44
§ 15. *b)* Das Erfordernis des Vorhandenseins des Vertreterwillens auf Seiten des passiven Vertreters 50
§ 16. 3. Die empfangsbedürftige Willenserklärung, in deren Empfange die Vertretung stattfindet
a) grundsätzliche Zulässigkeit der Vertretung
b) Ausnahmen 56
§ 17. 4. Vertretungsmacht zur passiven Vertretung
a) Vorhandensein bei Empfang der Erklärung (Vertretungsmacht im eigentlichen Sinne) siehe unter III
b) Nachträgliche Erteilung (Genehmigung) siehe unter IV 57

III. Die passive Vertretung kraft Vertretungsmacht.

§ 18. 1. Begründung, Umfang, Erlöschen 57
§ 19. 2. Rechtliche Behandlung. Einzelne Fälle 65
§ 20. 3. Wirkungen 71
§ 21. 4. Juristische Konstruktion 72

IV. Die passive Vertretung ohne Vertretungsmacht.

§ 22. 1. Zulässigkeit. Exegese des § 180 Satz 3 B.G.B. 75
§ 23. 2. Im Einzelnen
a) Rechtsverhältnis vor der Genehmigung
b) Die Genehmigung selbst
c) Die Wirkungen
α) bei erteilter Genehmigung
β) bei verweigerter Genehmigung. — Haftung des nicht legitimierten Erklärungsempfängers 79
§ 24. 3. Rechtsgrund der Haftung 82

V. Mehrheit von Vertretern.

§ 25. Allgemeines 84
§ 26. Vertretung bei Mehrheit von Vertretern überhaupt. Einzelvertretung. Gesamtvertretung 85
§ 27. Insbesondere bei der passiven Vertretung 94
§ 28. Fortsetzung: Ausnahmen von der Regel 104
§ 29. Fortsetzung: Rechtliche Behandlung 106
§ 30. Fortsetzung: Wirkungen 106

§ 31. Schlussbemerkung: Betrachtung *de lege ferenda* 108

Verzeichnis der benützten Litteratur.

(Schriften, auf die nur an einer vereinzelten Stelle von geringerer Bedeutung Bezug genommen, sind in dem Verzeichnis nicht berücksichtigt, sondern nur im Texte zitiert.)

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, 1896.

Bie, Ueber die Kollektiv-Prokura, Leipziger Inaugural-Dissertation, 1894.

Biermann, Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht (in der Festgabe der Giessener Juristenfakultät für Dr. Heinrich Dernburg zum 4. April 1900), 1900.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 2. Aufl. 1899. Erster Band: Die allgemeine Lehre und das Recht der Forderungen.

Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts. Erster Band: Einleitung und allgemeiner Teil 1900.

Düringer und Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Erster Band 1899.

Eck, Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage. Heft I 1. Buch. Allgemeiner Teil 1890.

Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Ein Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1897. Erster Band: Einleitung und allgemeiner Teil.

Enneccerus und Lehmann, Das bürgerliche Recht. Erster Band, erste Hälfte. Einleitung, allgemeiner Teil von L. Enneccerus. 2. Aufl. 1901.

Fischer und Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit Anmerkungen. 4. Aufl. 1900.

Foertsch, Die empfangsbedürftigen Willenserklärungen im Prozess und die Prozessvollmacht (in der Deutschen Juristenzeitung, 4. Jahrgang Nr. 24 Seite 1—3), 1899.

Freudenthal, Handausgabe der Civilprozessordnung mit Erläuterungen 1900.

Gareis, 1. Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1900 (zitiert: Gareis B.G.B.).

— 2. Handausgabe des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897 mit erläuternden Anmerkungen, 2. Aufl. 1900 (zitiert: Gareis H.G.B.).

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Hellmann, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Allgemeiner Teil 1897.

Hölder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil 1899.

Isay, Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäfts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899.

Kaufmann, Kommentar und Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuchs für Studium und Praxis, Band I, Allgemeiner Teil 1900.

Kipp, Die Litisdenunziation als Prozesseinleitungsform im römischen Civilprozess, 1887.

Klupsch, Die Haftung des *falsus procurator*. Greifswalder Inaugural-Dissertation, 1900.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Eine dogmatische Einführung in das Studium des bürgerlichen Rechts, Band 1, Allgemeiner Teil 1898.

Leonhard, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs in seinem Einfluss auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft, 1900.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar, Band 1, Handelsrecht, 12. Aufl. 1901.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Erster Band: Die Allgemeinen Lehren und das Recht der Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 1900.

Meisner, Der allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs mit Kommentar, 1898.

Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht, 1885.

Monich, Willenserklärung und Rechtsgeschäft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 1900.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Erster Band. Einleitung. Allgemeiner Teil. 3. Aufl. 1898.

Regelsberger, Pandekten. Erster Band 1893.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Erster Band. Allgemeiner Teil 1900.

Ring, Das Reichsgesetz, betreffend die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaften, 2. Aufl. 1893.

Scherer, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1897.

Schliemann, Beiträge zur Lehre von der Stellvertretung beim Abschluss obligatorischer Verträge (in der Zeitschrift für Handelsrecht, Band 16, Seite 1 ff.), 1871.

Schlossmann, Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen. Erster Teil: Kritik der herrschenden Lehren, 1900.

Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 7. Aufl. 1900.

Strohal, Streifzüge im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik, Band 28 — neue Folge Band 16 — Seite 344—385), 1889.

Szkolny und Caro, Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz. 2. Lieferung, 1899.

Tolle, Die Prokura. Göttinger Inaugural-Dissertation, 1896.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Auflage, bearbeitet von Kipp, 1900 (wo Windscheid-Kipp zitiert, sind die Ansichten Kipp's wiedergegeben).

Zimmermann, Die Lehre von der stellvertretenden *negotiorum gestio*, 1876.

Zitelmann, 1. Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Erster Teil 1889, Zweiter Teil 1890 (zitiert Zitelmann, Entwurf I und II),

— 2. Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Allgemeiner Teil 1900 (zitiert Zitelmann B.G.B.).

(Soweit hier nichts Anderes angegeben, sind die Schriften im Text nur mit dem Namen der Verfasser zitiert.)

Ferner wurden benutzt:

Motive zum Entwurf I. Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, bezw. des Einführungsgesetzes.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Die Abkürzungen sind die üblichen.

Nach Vollendung der Arbeit erschien und konnte daher nur noch in den Anmerkungen berücksichtigt werden:

Lehmann und Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1902.

Einleitung.

Rechtsgeschäft und Willenserklärung.

Terminologisches.

§ 1.

Getreu dem Rechtsgrundsatz: *„non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat“* hat das Bürgerliche Gesetzbuch es nach Möglichkeit zu vermeiden gesucht, Definitionen zu geben. Von diesem Prinzipe ist es auch nicht abgewichen bezüglich der beiden gemeinrechtlich so bestrittenen Begriffe Rechtsgeschäft und Willenserklärung. Und so freudig diese Thatsache auch einerseits im Interesse der Wissenschaft zu begrüssen ist, der es nun auch fürderhin überlassen bleibt, aus dem Normenvorrat des Gesetzes den Kern herauszuschälen und die einzelnen Begriffe auf dem Wege juristischer Induktion zu abstrahieren, so sehr wäre es doch andrerseits vielleicht wünschenswert gewesen, gerade hier eine Ausnahme zu machen und durch eine scharfe, klare Präzisierung einer heillosen Flut unfruchtbarer Kontroversen, wie sie die gemeinrechtliche Doktrin bei der Unbestimmtheit und Unklarheit der Begriffe Rechtsgeschäft und Willenserklärung gezeitigt hat, die Spitze abzubrechen. Dies wäre um so erwünschter gewesen, als auch der Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuchs in dieser Beziehung in der That kein einheitlicher ist, ein Fehler, der durch eine scharfe Definition sicherlich vermieden worden wäre.[1]) Man wird jedoch im allgemeinen nicht fehl gehen, wenn man sich der im gemeinen

[1]) Derselben Ansicht Isay, insbes. Seite 1 u. 2, Endemann Seite 256, insbes. Anm. 3.

Recht herrschend gewordenen Ansicht anschliesst und die von der gemeinrechtlichen Litteratur aufgestellten Definitionen auch für das Bürgerliche Gesetzbuch beibehält.

Ein Rechtsgeschäft ist danach eine Willenserklärung eines Inhabers privater Verfügungsmacht, welche auf die Veränderung der Privatverhältnisse in der eigenen oder fremden Rechtssphäre gerichtet ist und von der Rechtsordnung in Gemässheit dieses Willens mit typischen Rechtsfolgen ausgestattet ist. Wesentlich ist dabei nur die Richtung der Willenserklärung auf Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges: ob die Rechtsordnung denselben wirklich in Gemässheit des Willens eintreten lässt, ist irrelevant. Und so steht es durchaus nicht in Widerspruch mit unserer Begriffsbestimmung, wenn das Gesetzbuch häufig von nichtigen und unwirksamen Rechtsgeschäften redet.

Nach der angegebenen Definition ist es klar, dass der Begriff „Rechtsgeschäft" den Gesamtthatbestand, der Begriff „Willenserklärung" nur einen Teil dieses Gesamtthatbestandes bildet: Rechtsgeschäft ist der engere, Willenserklärung der weitere Begriff. Freilich kann es sehr wohl Willenserklärungen geben, die nicht zum Thatbestande eines Rechtsgeschäfts gehören, nicht aber ein Rechtsgeschäft ohne Willenserklärung. Die Willenserklärung ist ein wesentlicher Bestandteil des Rechtsgeschäfts; ein Rechtsgeschäft ohne Willenserklärung ist undenkbar.

Damit aber aus einer Willenserklärung ein Rechtsgeschäft werde, ist es erforderlich, dass noch weitere Thatbestandsmomente des Rechtsgeschäfts zu der Willenserklärung hinzukommen. Nun ist es freilich nicht zu leugnen, dass das Gesetzbuch, welches im wesentlichen auch dieser Terminologie folgt, an verschiedenen Stellen die Willenserklärung selbst als Rechtsgeschäft bezeichnet und damit die beiden Begriffe identifiziert; ja die Motive[2]) bemerken ausdrücklich, „dass der Entwurf beide Ausdrücke der Regel nach als gleichbedeutend gebrauche". Für das Gesetzbuch selber trifft dies aber nur in beschränktem Masse zu: wir werden vielmehr grundsätzlich daran festzuhalten haben, dass auch nach dem Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetz-

[2]) **Motive Seite 164 (Band 1).**

buches Rechtsgeschäft der engere Begriff ist; denn unter Rechtsgeschäft ist nicht nur das einseitige Rechtsgeschäft zu verstehen — da mag vielleicht die Identifizierung, wenigstens teilweise, der Ausdrucksweise des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechen — sondern auch das zweiseitige Rechtsgeschäft, der Vertrag. Der Vertrag setzt sich aber regelmässig zusammen aus den übereinstimmenden Willenserklärungen der beiden Kontrahenten: zum Zustandekommen des Rechtsgeschäfts ist mithin die Summe zweier Willenserklärungen erforderlich.

Um etwaigen Missverständnissen vorzubeugen, werden wir daher in folgendem den Gesamtthatbestand stets nur mit dem Ausdruck Rechtsgeschäft bezeichnen und von der Willenserklärung nur als dem Thatbestandsmomente desselben sprechen.

Wenn wir somit die Willenserklärung als unerlässliches Thatbestandsmoment des Rechtsgeschäfts hingestellt haben, so ist dabei natürlich an die Willenserklärung, d. h. die Erklärung des rechtsgeschäftlichen Willens, im weitesten Sinne zu denken. Es ist nicht erforderlich, dass die Erklärung des Willens durch ein Mittel erfolge, das nur zur Abgabe der Erklärung bestimmt ist, wie z. B. durch Sprechen, Schreiben oder Nicken. Wo das Gesetz ein solches Mittel zur Giltigkeit der Erklärung verlangt, stellt es dies als besonderes Thatbestandsmoment auf und kennzeichnet es durch das Wörtchen „ausdrücklich“.[3]) — Eine Willenserklärung kann aber auch erfolgen, ohne dass der Wille ausdrücklich kundgegeben wird, nämlich durch solche Handlungen, die ihrer Natur nach zwar nicht zur Abgabe einer Erklärung bestimmt sind, aber gerade in dem in Betracht kommenden Einzelfalle dazu geeignet sind, einen sicheren Schluss auf den Willen des Handelnden zu ziehen, durch sogenannte schlüssige Thatsachen *(facta concludentia)*. Wenn beispielsweise ein Gastwirt in der Wirtsstube einen Automaten aufstellt, so ist schon allein in dieser Thatsache eine Willenserklärung seinerseits zu erblicken, bestehend in einer Offerte an das Publikum, demselben Waren zu entnehmen, und dasselbe ist berechtigt, von diesem Angebot Gebrauch zu machen, ohne dass es erforderlich

---

[3]) z. B. B.G.B. §§ 244, 700_2 u. a. A. M. Isay Seite 31.

wäre, dass der Wirt seinen diesbezüglichen Willen noch durch eine besondere Erklärung, z. B. durch Aufhängen eines Plakats, kund gäbe. Auch Schweigen kann unter Umständen eine Willenserklärung sein, dann nämlich, wenn nach den Bestimmungen des Gesetzes, der Verkehrssitte oder den besonderen Umständen des Falles das Schweigen als schlüssige Thatsache erscheint. Rechtsnormen lassen sich hierfür überhaupt nicht aufstellen, es muss alles der Beurteilung des Einzelfalls und der begleitenden Nebenumstände überlassen bleiben. Die Scheidung, welche manche Schriftsteller[4]) hier verlangen, indem sie solche Handlungen, die den Willen nicht ausdrücklich kundgeben, sondern nur einen Schluss auf denselben gestatten, im Gegensatz zu den ausdrücklichen Willenserklärungen als Willensbethätigungen bezeichnen, ist wenig empfehlenswert und steht auch sicherlich nicht mit dem Sprachgebrauch des Gesetzes im Einklang.

Eine Willenserklärung kann eben durch jede Handlung, d. h. jedes gewollte Thun oder Nichtthun, erfolgen, durch die der innere Wille des Handelnden an die Aussenwelt gelangt.

Insbesondere die empfangsbedürftige Willenserklärung:

Uebersicht über ihre rechtliche Natur und Bedeutung.

§ 2.

Während die Terminologie, wie wir sie bisher festgelegt haben, im wesentlichen, d. h. in der Gesamtheit ihrer Prinzipien, dem gemeinen Rechte und auch der Partikulargesetzgebung entspricht, wenn auch abweichende Auffassungen im einzelnen eine Legion der verschiedenartigsten Streitfragen hervorgerufen haben, ist das Bürgerliche Gesetzbuch noch einen Schritt weiter gegangen, indem es innerhalb der Willenserklärung als dem Thatbestandsmomente des Rechtsgeschäfts eine abermalige Scheidung

---

[4]) z. B. Regelsberger Seite 473, Planck Seite 162, 3.

vorgenommen und an dieselbe Rechtsfolgen von weitgehendster Bedeutung geknüpft hat. Es sind dies nach dem Sprachgebrauch des Gesetzbuchs solche Willenserklärungen, die einem andern gegenüber abzugeben sind, und solche, bei denen dies nicht der Fall ist, oder, wie man sie nach Zitelmanns Vorgang[5]) gewöhnlich zu bezeichnen pflegt, „empfangsbedürftige und nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen". Diese scharfe, prinzipielle Teilung ist eine völlige, jedes Vorbildes bare Neuerung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Die Begriffe sind von ihm, wenn auch nicht direkt geschaffen, so doch zu besonderer Bedeutung erhoben und spielen in fast allen Teilen des Gesetzbuchs eine gewichtige Rolle. Es mag dahingestellt bleiben, ob Zitelmann[6]) beizustimmen ist, wenn er in dieser Unterscheidung einen „entschiedenen Fortschritt erblickt, der unmittelbar auch der Wissenschaft, die ihr bisher nicht die genügende Beachtung geschenkt habe, in hohem Masse zu statten komme". Jedenfalls geht Strohal[7]) zu weit, wenn er diese Teilung als einen „hoffentlich missglückten Versuch betrachtet, der Rechtswissenschaft Licht und Luft zu verbauen und sie unter das kaudinische Joch des Doktrinarismus zu beugen".

Die Scheidung zwischen empfangsbedürftigen und nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen beruht also darauf, dass erstere gegenüber einem „Andern" — der Entwurf nannte ihn besser „den Beteiligten" — abzugeben sind, letztere nicht; die praktische Bedeutung liegt darin, dass die empfangsbedürftigen Willenserklärungen unwirksam sind, wenn sie gegenüber einer andern als der bestimmten Person abgegeben werden, oder wenn dieser bestimmten Person bei Empfang der Erklärung die erforderliche Geschäftsfähigkeit fehlt. Bis der Beteiligte die empfangsbedürftige Willenserklärung empfangen hat, existiert das durch sie beabsichtigte Rechtsgeschäft rechtlich als solches nicht.

---

[5]) Zitelmann, Entwurf I, Seite 23.

[6]) Zitelmann, Entwurf I, Seite 23, cfr. auch Eck Seite 59.

[7]) Strohal Seite 352 ff., dessen Bedenken allerdings heute durch verschiedene Aenderungen des Entwurfs grösstenteils gegenstandslos geworden sind; z. B. in dem zweiten Falle auf Seite 354 ff. durch die Abänderung des § 76 des Entwurfs (jetzt § 132 Abs. 2).

Bei den nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen dagegen genügt zur Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts jedes — zum mindesten bemerkbare, wenn auch noch nicht bemerkte — Hervortreten der Erklärung an die Aussenwelt. Nicht jedoch ist damit etwa gemeint, dass die nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen einem andern gegenüber nicht abgegeben werden dürfen; es handelt sich vielmehr lediglich um ein „nicht brauchen". Die empfangsbedürftige Willenserklärung freilich, die nicht gegenüber dem Beteiligten abgegeben wird, ist unwirksam; wird aber eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung einem bestimmten Adressaten gegenüber abgegeben, so thut das ihrer Wirksamkeit keinen Abbruch. Mit Recht hat Isay[8]) darauf hingewiesen, dass es sich hier eigentlich um keine Einteilung der Willenserklärungen, sondern um eine Einteilung der Thatbestände innerhalb des Begriffs „Rechtsgeschäft" handle: hier muss zu der Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäfts noch ein Moment — die Abgabe der Erklärung gegenüber dem Beteiligten — hinzukommen, damit das Rechtsgeschäft als solches wirksam sei, dort ist es nicht erforderlich. Besser spräche man daher von empfangsbedürftigen und nicht empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften. Jedoch sind die Ausdrücke „empfangsbedürftige und nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen" bereits so sehr *termini technici* des juristischen Sprachgebrauchs geworden, dass auch wir sie in folgendem beibehalten wollen; schliesslich ist es ja auch unerheblich, ob man den einen oder andern Ausdruck wählt, wenn man nur den richtigen Gedanken mit ihm verbindet.

Die Unterscheidung in der angegebenen Weise durchzieht wie ein roter Faden das ganze Gesetzbuch: und zwar ist die grosse Mehrheit sämtlicher Willenserklärungen von der Abgabe gegenüber dem Beteiligten abhängig. In zahlreichen Fällen betont das Gesetzbuch dies Erfordernis noch ausdrücklich, wie z. B. bei der Erteilung der Vollmacht, dem Widerruf, der Zustimmungserklärung, der Aufrechnungserklärung, der Geltendmachung des Wieder- und Vorkaufsrechts[8a]) u. a. m.; bei anderen

[8]) **Isay Seite 47.**

[8a]) **B.G.B. §§ 167, 178, 531, 182, 380, 497, 505.**

Willenserklärungen wird es als selbstverständlich vorausgesetzt, wie z. B. bei der Kündigung, der Mahnung, dem Angebot der Leistung etc. — Empfangsbedürftig sind aber nicht nur die Willenserklärungen im Thatbestande des einseitigen Rechtsgeschäfts, sondern allemal auch im Thatbestande des Vertrages.[9]) Jede der übereinstimmenden Willenserklärungen der beiden Kontrahenten muss zu ihrer Wirksamkeit „dem andern gegenüber" abgegeben sein. Eine Ausnahme, wie sie auf den ersten Blick in den §§ 151, 152 B.G.B. vorzuliegen scheint und freilich auch fast von der gesamten Litteratur als solche betrachtet wird, ist nur eine scheinbare, wie wir unten bei Besprechung des Empfangserfordernisses darzulegen versuchen werden.

§ 3.

Wir haben bisher immer von der empfangsbedürftigen Willenserklärung als einer solchen gesprochen, im Anschluss an das Gesetz, die einem andern gegenüber abgegeben werden muss. Der Ausdruck ist ungenau und missverständlich. Es genügt nicht das Erfordernis der Abgabe — mit ihr ist die Willenserklärung zwar schon vollendet, aber das durch sie bedingte Rechtsgeschäft noch unwirksam —, sondern weitere Voraussetzung ist, dass der andere die Erklärung auch wirklich empfangen habe. Die empfangsbedürftige Willenserklärung setzt mithin voraus die Richtung an einen bestimmten Adressaten sowie den Empfang seitens desselben.[10])

Das Erfordernis der Richtung bedeutet, dass der Erklärende die Absicht haben muss, dass die Erklärung dem Adressaten zugehe, und dass er die Verwirklichung dieser Absicht durch sein Verhalten ermöglichen muss. Daraus folgt zweierlei:

1. Die Willenserklärung ist nicht vollendet, wenn der Erklärende den Empfang zwar durch sein Verhalten ermöglicht, es aber nicht in seiner Absicht liegt, dass die Willenserklärung dem thatsächlichen Erklärungsempfänger zugehe, oder wenn

---

[9]) Dies nahm auch schon die herrschende Doktrin des gemeinen Rechts an. Die entgegengesetzte Ansicht Windscheids Band 2, Seite 249, § 309[3], ist für das B.G.B. jedenfalls unhaltbar.

[10]) So auch Zitelmann B.G.B. Seite 94, Matthiass Seite 185.

wenigstens sein Wille nicht die Möglichkeit eines Empfanges seitens desselben mitumfasst. Wenn also beispielsweise die lediglich an einen Geschäftsunfähigen gerichtete Erklärung auch von dem gesetzlichen Vertreter desselben empfangen wird, so ist sie trotz der Bestimmung des § 131[10a]) null und nichtig; denn daselbst ist nicht die Rede davon, dass stets die Willenserklärung wirksam werde, sobald sie dem gesetzlichen Vertreter des Geschäftsunfähigen zugehe, sondern nur, dass sie nicht eher wirksam werde, als bis sie von demselben empfangen sei. Damit aber der Empfang überhaupt von rechtlicher Bedeutung sei, muss ihr die Absicht des Erklärenden vorausgegangen sein, dass wenigstens eventuell der gesetzliche Vertreter der Empfänger sein solle.[11]) — Nach dem eingangs erwähnten erübrigt es wohl des Hinweises, dass die Art und Weise, in der sich der Wille des Erklärenden zu erkennen giebt — mag dies ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen geschehen — irrelevant ist.

2. Die Willenserklärung ist ferner nicht vollendet, wenn der Erklärende zwar die Absicht hat, dass sie von dem andern empfangen werde, sein Verhalten aber ein derartiges ist, dass es normalerweise nicht dazu geeignet sein kann, den gewünschten Erfolg herzustellen. Lasse ich z. B. einen Brief an den Adressaten, anstatt ihn zur Post zu bringen, versehentlich auf meinem Schreibtisch liegen, und kommt der Adressat zufällig in meiner Abwesenheit zu mir, findet und öffnet den Brief, so gilt die darin enthaltene Erklärung trotzdem als nicht von ihm empfangen, da diese Art der Uebermittlung nicht meiner Absicht entspricht, und mein Verhalten den Empfang seitens des Adressaten unter gewöhnlichen Umständen nicht ermöglicht, mithin das Erfordernis der Richtung nicht erfüllt ist. Ein solcher Fall kann unter Umständen die weitgehendsten praktischen Konsequenzen nach sich ziehen.

[10a]) B.G.B. § 131_1: **„Wird die Willenserklärung einem Geschäftsunfähigen gegenüber abgegeben, so wird sie nicht wirksam, bevor sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht“.**

[11]) **So auch Planck Seite 183 und Crome. A. M. Zitelmann B.G.B. Seite 96, Matthiass Seite 174.**

§ 4.

Mit der Abgabe der Willenserklärung, d. h. ihrer Richtung an einen bestimmten Gegner, ist die Willenserklärung selbst zwar vollendet, nicht aber das Rechtsgeschäft, zu dem sie gehört. Zu dessen Wirksamkeit muss, wie bereits erwähnt, noch hinzukommen — und darin besteht gerade das Wesen der empfangsbedürftigen Willenserklärung —, dass sie der adressierte Gegner auch wirklich empfange. Wird sie nicht von dem Adressaten empfangen, geht beispielsweise der die Erklärung enthaltende Brief vor der Vollendung des Empfanges verloren, so bleibt sie wirkungslos. Der Empfang ist mithin „eine der Willenserklärung nachfolgende Voraussetzung ihrer Wirksamkeit.“[12])

Dies führt uns auf die wichtige Frage, mit welchem Augenblicke dies Erfordernis des Empfanges der Erklärung seitens des Adressaten erfüllt sei.

Im gemeinen Recht war dies bestritten.

Es hatten sich darüber bei der Vertragslehre insbesondere vier verschiedene Theorien entwickelt. Nach der einen sollte die blosse Aeusserung der Erklärung genügen, ohne dass sie der andere Teil zu vernehmen brauchte (Aeusserungstheorie), eine andere legte entscheidendes Gewicht auf die Entäusserung der Erklärung, z. B. Aufgabe des Briefes zur Post (Uebermittlungstheorie), nach der dritten sollte die Möglichkeit der Kenntnisnahme der Erklärung unter normalen Umständen massgebend sein (Empfangstheorie), nach der vierten und letzten endlich sollte der Empfang der Willenserklärung erst vollendet sein mit der Wahrnehmung des Willens durch den Adressaten (Vernehmungstheorie).

Nach der überwiegenden Ansicht ist heute der Streit für das Pandektenrecht zu Gunsten der Venehmungstheorie entschieden worden. Dafür spricht auch der Umstand, dass die Vernehmungstheorie nur als eine strikte Konsequenz der dem gemeinen Recht zu Grunde liegenden Willenstheorie im Gegensatz zur s. g. Erklärungstheorie zu betrachten ist. Dieser Auffassung entsprechen

---

[12]) Zitelmann B.G.B. Seite 95.

auch — wenigstens für Verträge — die Quellen des römischen Rechts; vgl. z. B. l. 1, p. D. 45, 1, wo es heisst:

„. . . . *exaudire invicem debent.*“ —

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich mit Fug keiner dieser Theorien *ex professo* angeschlossen; denn streng durchgeführt führen alle zu unerträglichen Konsequenzen. Ausdrückliche Bestimmungen über den Zeitpunkt des Empfanges hat das Gesetzbuch nur bei solchen Erklärungen getroffen, die einem Abwesenden gegenüber abgegeben werden; bei Erklärungen unter Anwesenden ergiebt sich dieselbe aus der *ratio legis.* Da hier regelmässig Erklärung und Empfang zusammenfallen, wird vorausgesetzt werden müssen, dass der Adressat sich auch wirklich Kenntnis von ihr verschafft, dass er sie thatsächlich vernommen habe.[13])

Einem Hypnotisierten kann man daher unter Anwesenden mit Rechtswirkung keine empfangsbedürftige Willenserklärung abgeben, ebensowenig einem Tauben durch Sprechen.

Anders bei Willenserklärungen unter Abwesenden, d. h. solchen Personen, die normalerweise sich nicht ohne Zwischenglieder mit einander verständigen können, noch überhaupt in der Lage sind, ihre Gedanken in persönlicher Rede und Gegenrede auszutauschen.

Die Definition Hölders,[14]) wonach zur Anwesenheit erforderlich ist, „dass zwei Personen in der Lage sind, ihre Erklärungen zur sofortigen, d. h. ohne zeitraubende Zwischenglieder erfolgenden gegenseitigen Kenntnis zu bringen“, ist ungenau; denn der Begriff „zeitraubende Zwischenglieder“ ist ein recht relativer. Wenn ich z. B. meinen Diener als Boten zu meinem Zimmernachbarn schicke, damit er diesem in meinem Namen eine Bestellung ausrichte, so liegt sicherlich im Sinne des Gesetzes eine Erklärung unter Abwesenden vor, obschon dies unter Umständen viel geringere Zeit in Anspruch nimmt, als wenn ich die Erklärung persönlich durch ein Sprachrohr oder gar durchs Telephon (einer

---

[13]) So auch Planck Seite 180, Zitelmann B.G.B. Seite 96. A. M. Cosack Seite 176, Isay Seite 94.

[14]) Hölder Seite 79.

Erklärung unter Anwesenden)[15]) abgebe. Im ersteren Falle bin ich jedoch nicht in der Lage, ohne den bestehenden Zustand zu verändern, dem Adressaten persönlich die Erklärung abzugeben.

Bei Erklärungen unter Abwesenden also wird zum Empfang nicht die Kenntnisnahme der Erklärung durch den Adressaten verlangt, sondern es genügt, dass sie ihm zugeht,[16]) d. h. dass sie in der Weise in seine Machtsphäre gelangt, dass er unter gewöhnlichen Umständen in der Lage ist, von ihr Kenntnis zu nehmen.[16a])

Nimmt im Einzelfalle der Adressat nicht von ihr Kenntnis, so ist es seine Schuld, der Erklärende kann die Erklärung trotzdem als abgegeben betrachten, und die Rechtswirkungen treten ein. Ein vorübergehender Zustand der Bewusstlosigkeit zur Zeit des Empfanges hindert hier mithin nicht die sofortige Wirksamkeit. — Das Kriterium der Kenntnisnahme unter normalen Umständen greift natürlich nur im Zweifel Platz. Im Einzelfalle können die Parteien im Einverständnis darüber selbstverständlich abweichende Bestimmungen treffen. Wenn es sich z. B. um einen Vertrag handelt, und der Antragende für die Annahme des Antrags eine Frist bestimmt hat,[17]) könnten die Parteien sehr wohl vereinbaren, dass der Antragsempfänger im Falle der Acceptation seinen diesbezüglichen Willen innerhalb der Frist dem Antragenden durch drei Kanonenschüsse kundthun solle. Dann gilt mit Abgabe des dritten Kanonenschusses die empfangsbedürftige Willenserklärung der Vertragsannahme dem Offerenten als zugegangen, und der Vertrag ist geschlossen, wenn man auch kaum wird sagen können, dass unter normalen Verhältnissen Kanonenschüsse das geeignete Mittel sind, um jemandem Kenntnis von einer an ihn gerichteten Erklärung zu verschaffen. In dem Einzelfalle aber war es das geeignete Mittel, weil der Antragende eben mit Abgabe des dritten

---

[15]) B.G.B. § 147, der allerdings nur von Vertragsanträgen spricht; jedoch ist die Bestimmung analog auf alle empfangsbedürftigen Willenserklärungen anzuwenden. So auch die gesamte Litteratur.

[16]) B.G.B. § 130.

[16a]) So auch Fischer-Henle zu § 130 Anm. 3.

[17]) B.G.B. § 148.

Kanonenschusses seitens des Antragsempfängers die Erklärung als ihm zugegangen betrachtet wissen wollte.

Genau so verhält es sich mit der Bestimmung des § 151, wonach der Vertrag durch die Annahme zu stande kommt, ohne dass sie dem Antragenden erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Es ist dies keine Ausnahme von dem Grundsatz, dass ein Vertrag sich stets aus zwei empfangsbedürftigen Willenserklärungen zusammensetzt. Auch hier gilt mit dem Augenblick der Annahme der Offerte von Seiten des Antragsempfängers, d. h. ihrem Hervortreten in die äussere Erscheinung, die Willenserklärung dem Antragenden als zugegangen, weil dies eben dem Willen der beiden Parteien entspricht. Analog ist es mit der Bestimmung des § 152: mit der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung gilt die Annahme als dem Offerenten zugegangen, weil die Parteien mit der Beurkundung den Vertrag als abgeschlossen ansehen wollen (§ 152 betont ausdrücklich: „soweit nichts Anderes bestimmt ist").[18])

Diese Auffassung ist von weitgehendster praktischer Bedeutung; denn indem darnach die Vertragsannahmeerklärungen auch in den §§ 151, 2 empfangsbedürftige Willenserklärungen sind, müssen sie auch den zahlreichen Sonderbestimmungen derselben unterliegen. Wenn z. B. die Mentalreservation nach § 116 die Erklärung nur nichtig macht, wenn sie gegenüber einem andern abzugeben ist, und dieser den Vorbehalt kennt, so müsste nach der gegnerischen Auffassung, die in der Annahmeerklärung der §§ 151, 2 eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung erblickt, hier die Willenserklärung trotz Kenntnis des Offerenten wirksam sein. Noch krasser ist die Konsequenz der gegnerischen Ansicht im Falle des § 122, indem der seine Acceptation wegen Irrtums anfechtende Antragsempfänger nicht bloss dem Offerenten, sondern jedem Dritten Schadensersatz zu leisten hätte.

Dieses von ihrem Standpunkt aus unabweisliche Ergebnis scheuen sich freilich die Gegner zu ziehen und sehen sich daher

---

[18]) **Entgegengesetzter Meinung die gesamte Litteratur des B.G.B., im wesentlichen mit der Ansicht des Textes übereinstimmend nur Enneccerus Seite 149, 50.**

gezwungen, von der Bestimmung des § 122 eine Ausnahme zu statuieren.[19])

Die empfangsbedürftige Willenserklärung unter Abwesenden wird also stets in dem Augenblicke wirksam, wo sie in den Machtbereich des Adressaten gelangt. Vorher knüpft die Rechtsordnung keine Wirkungen an sie, und der Erklärende hat das Recht, sie durch einseitigen Widerruf zurückzuziehen (§ 130).

Wenn somit regelmässig zu dem Empfange bei Willenserklärungen unter Anwesenden Kenntnisnahme, unter Abwesenden Möglichkeit der Kenntnisnahme seitens des Adressaten erforderlich ist, so ist davon insofern eine Ausnahme zu machen, als die Kenntnisnahme, bezw. die Möglichkeit davon, als erfolgt zu fingieren ist, wenn der Adressat dieselbe in doloser Weise verhindert, wenn er z. B., um nichts zu verstehen, sich die Ohren mit Wachs verstopft, oder wenn er dem Briefträger erklärt, dass er die Annahme sämtlicher an ihn gerichteten Briefe verweigere.

Es besagt dies zwar keine ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes; doch entspricht eine solche Auffassung allein unserem Rechtsgefühl und ergiebt sich aus der *ratio legis*. Auch wird man unbedenklich auf dem Wege der Analogie, die demselben Rechtsgedanken entspringende Bestimmung des § 162 B.G.B., wonach eine Bedingung, deren Eintritt von der Partei, zu deren Nachteil (bezw. Vorteil) er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert (herbeigeführt) wird, als eingetreten (nicht erfolgt) gelten soll, nach dem Grundsatz *„dolus pro facto est“*[20]) verallgemeinern dürfen.

Diese Auffassung findet ihre Bestätigung bereits in den Quellen des römischen Rechts, wo es unter anderem in l. 131 D. 50, 17 lautet: *„qui dolo desiit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est.“* —

Der Beweis, dass der Adressat den Empfang der Erklärung doloserweise verhindert habe, kann aber unter Umständen, besonders bei Erklärungen unter Abwesenden, recht schwierig sein. Um daher etwaige Weiterungen zu vermeiden, kann sich der

---

[19]) z. B. **Planck zu § 122.**

[20]) **So auch Motive I, Seite 157, Hölder Seite 80, Kuhlenbeck Seite 318, Zitelmann Entwurf I, Seite 103.**

Erklärende stets, wenn er befürchtet, der Adressat könne sich möglicherweise dem Empfang der an ihn gerichteten Erklärung entziehen, zur Abgabe derselben der Vermittlung eines Gerichtsvollziehers bedienen, nach den für die Zustellung einer Klage geltenden Vorschriften der Civilprozessordnung (B.G.B. § 132). Dann gilt als Zeitpunkt des Empfanges, ohne Rücksicht darauf, ob der Adressat auch von ihr Kenntnis erhalten konnte, die Vollendung der Zustellung, d. h. regelmässig die Abgabe des Schriftstücks an den Zustellungsempfänger, bei Ersatzzustellungen die Uebergabe an die Ersatzperson, bezw. Hinterlegung, Zurücklassung.[21])

In gleicher Weise kann die Zustellung der Erklärung nach den für die öffentliche Zustellung einer Ladung geltenden Bestimmungen der Civilprozessordnung öffentlich erfolgen bei schuldloser Unkenntnis über die Person des Beteiligten oder bei Unbekanntsein seines Aufenthaltorts (B.G.B. § 130, Abs. 2). Hier gilt regelmässig die Erklärung als zugegangen mit Ablauf eines Monats seit der letzten Veröffentlichung.[22]) — Die Einschränkung des Entwurfs, der die nach § 132 statthafte Art der Abgabe von empfangsbedürftigen Willenserklärungen nur für solche Willenserklärungen gestattete, zu deren Entgegennahme der Adressat verpflichtet sei, hat das Gesetzbuch mit gutem Grunde aufgegeben.

§ 5.

Wir sprachen von dem Erklärungsemgfänger bisher immer nur als einem X, einer unbekannten Grösse. Wer ist nun dieser „Andere", der durch seine Existenz und seine Teilnahme an dem in Frage stehenden Rechtsgeschäft die Wirksamkeit desselben überhaupt erst ermöglicht? Bei den empfangsbedürftigen Willenserklärungen im Thatbestande der zweiseitigen Rechtsgeschäfte sind dies natürlich stets die beiden Kontrahenten, von denen jeder die Erklärung des andern empfangen haben muss, wenn anders der Vertrag zu stande kommen soll. Bei einseitigen Rechtsgeschäften ist es regelmässig der sachlich Beteiligte, d. h.

[21]) C.P.O. §§ 181—184, 186.
[22]) C.P.O. § 206 (vgl. auch § 207).

derjenige, den nach der Absicht des Erklärenden die Wirkungen des durch die Erklärung bedingten Rechtsgeschäfts unmittelbar treffen sollen. In vielen Fällen bestimmt das Gesetz noch ausdrücklich diesen sachlich Beteiligten: meistens ist es eine Einzelperson, bisweilen hat der Erklärende auch die Wahl zwischen mehreren Beteiligten (z. B. B.G.B. §§ 182, 183), oder es sind gar kumulativ mehrere Personen, wie z. B. nach § 1283 Abs. 2, wo der Drittschuldner die Kündigung der verpfändeten Forderung sowohl dem Pfandgläubiger, wie dem Gläubiger gegenüber erklären muss: hier wird die Erklärung also erst wirksam, sobald sie von beiden empfangen ist.

Welche Erfordernisse in der Person dieses sachlich Beteiligten vorhanden sein müssen, damit die Erklärung wirksam sei, dass insbesondere die Rechtsordnung an den wirksamen Empfang der Erklärung dieselben Voraussetzungen knüpft, wie an die Abgabe einer solchen, davon werden wir noch später zu sprechen haben.

In vielen Fällen, wo es an einem solchen sachlich Beteiligten fehlt und die Willenserklärung der Regel nach daher bereits mit ihrem Hervortreten an die Aussenwelt wirksam sein würde, hat das Gesetz im Interesse der Verkehrssicherheit einen solchen Beteiligten vorgeschoben, um die Willenserklärung zu einer empfangsbedürftigen zu machen. Es sind dies ausnahmslos solche Fälle, bei denen es das öffentliche Interesse erheischt, dass die Wirksamkeit nicht schon mit ihrem Hervortreten in die äussere Erscheinung, sondern erst mit einem bestimmten, zu kontrollierenden Vorgange Wirksamkeit erlange; und da ein beteiligtes Rechtssubjekt fehlt, hat der Staat ein solches zu dem Zwecke eingesetzt und die Wirksamkeit der Erklärung von dem Empfange seitens desselben abhängig gemacht. Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht hier von solchen Willenserklärungen, die einer Behörde gegenüber — nicht vor einer solchen, da ist die Mitwirkung der Behörde blosse Formvorschrift — abzugeben sind. Zitelmann [23]) teilt hiernach die empfangsbedürftigen Willenserklärungen in partei- und amtsempfangsbedürftige Willens-

[23]) **Zitelmann B.G.B. (Entwurf I) Seite 93.**

erklärungen ein. Man kann zweifeln, ob es sich hier überhaupt um empfangsbedürftige Willenserklärungen im technischen Sinne handle. Endemann[24]) wirft mit Recht die Frage auf, ob man es nicht vielmehr in der Mehrzahl der Fälle hier mit blossen Verfügungen zu thun habe. In vielen Punkten werden sie ja freilich laut ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes, z. B. bezüglich ihrer Erfordernisse und des Zeitpunktes ihrer Wirksamkeit, den parteiempfangsbedürftigen Willenserklärungen gleichgestellt; im übrigen aber stehen sie, insbesondere was ihre rechtliche Behandluug, z. B. hinsichtlich der Willensmängel, anlangt, auf einer Stufe mit den nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen.

Wenn Scherer[25]) die Unterscheidung zwischen partei- und amtsempfangsbedürftigen Willenserklärungen überhaupt fallen lassen will, unter Hinweis darauf, dass die Behörde weiter nichts als der Vertreter einer juristischen Person, nämlich des Staats oder der Gemeinde oder einer sonstigen öffentlich-rechtlichen Korporation sei, und ob der Empfänger — so wohl sein weiterer Gedankengang — eine natürliche oder juristische Person sei, sei vollkommen irrelevant, so ist dem nicht beizustimmen.

Die Thatsache, dass die Behörde Vertreter einer öffentlich-rechtlichen Korporation ist, ist ja unanfechtbar. Was ist aber damit gewonnen? Ebensowenig wie man die Behörde als sachlich Beteiligten hinstellen kann, kann man doch die öffentlich-rechtliche Korporation als solchen betrachten. Es wäre doch beispielsweise eine etwas sehr kühne Konstruktion, zu der wir uns nicht versteigen können, dem Staate die Rolle eines sachlich Beteiligten zuzuerteilen, wenn gegenüber dem Nachlassgerichte als seinem Vertreter die Ausschlagung einer Erbschaft gemäss § 1945 erklärt wird. Ueberdies steht die Gleichstellung der partei- und amtsempfangsbedürftigen Willenserklärungen in direktem Widerspruch mit den Bestimmungen des Gesetzes. Man wird am besten thun, die amtsempfangsbedürftigen Willenserklärungen als eine Mittelstufe zwischen den rein empfangsbedürftigen und schlechthin nicht empfangsbedürftigen Willens-

---

[24]) **Endemann Seite 283.**
[25]) **Scherer Seite 240.**

erklärungen zu bezeichnen. Für unsere weiteren Betrachtungen scheiden dieselben völlig aus.

Eine ganz andere Bedeutung hat es, wenn das Gesetz davon spricht, dass die empfangsbedürftige Willenserklärung entweder gegenüber dem andern, also dem Beteiligten, oder der Behörde gegenüber zu erfolgen habe. Hier knüpft die Rechtsordnung lediglich im Interesse der Beteiligten die Wirkung bereits an den Empfang seitens der Behörde, indem sie dabei dem Erklärenden die Wahl zwischen der Abgabe gegenüber dem Beteiligten und der Behörde überlässt. Hier fällt der Behörde nur die Rolle eines Vertreters des Beteiligten zu; und wenn, um ein Beispiel anzuführen, in solchem Falle die Erklärung auch der Behörde gegenüber abgegeben ist, so hat trotzdem die etwaige Anfechtung infolge von Willensmängeln gegenüber dem Beteiligten zu erfolgen (vgl. B.G.B. § 143 Abs. 3).

Vertretung im Empfang von empfangsbedürftigen Willenserklärungen (s. g. passive Vertretung).

Erster Abschnitt:

Allgemeines.

§ 6.

Nachdem wir nunmehr in grossen Zügen das Wesen der empfangsbedürftigen Willenserklärung dargethan und insbesondere uns über die Bedeutung des Empfangserfordernisses und die Person des Erklärungsempfängers im Normalfall verständigt haben, ergiebt sich fast von selbst die Frage: ob es notwendig sei, dass die Erklärung stets gegenüber dem direkt Beteiligten erfolge — ich sehe hier von dem am Ende des vorigen Paragraphen erwähnten Fällen ab —, oder ob sie auch, dem Willen des Beteiligten entsprechend, an einen andern mit derselben Rechtswirkung wie an ihn selbst erfolgen könne, mit andern Worten: Ist eine Vertretung im Empfang von empfangsbedürftigen Willenserklärungen zulässig, bezw. unter Umständen gar geboten?

Wenn man von Vertretung sprach, verstand man darunter bisher stets eine Vertretung im Handeln; und so steht auch in der gemeinrechtlichen Litteratur an der Spitze fast sämtlicher Definitionen des Begriffs „Stellvertretung: Stellvertretung ist ein Handeln für einen andern . . . . . ". Kann man nun den Empfang einer Willenserklärung als ein Handeln bezeichnen?

So ohne weiteres nimmermehr; denn der Empfänger spielt doch nur eine passive Rolle, er nimmt die Erklärung eines andern in sich auf.[26])

[26]) So schon: l. 209 D. 50, 16. Auch Regelsberger Seite 581.

Zu weit geht daher Hellmann, wenn er die Entgegennahme von Willenserklärungen auch als ein direktes Handeln bezeichnet.[27])

Jedoch ist andrerseits zu betonen, dass der Empfang einer Willenserklärung nicht blosse Passivität voraussetzt, wie Isay[28]) behauptet, dass er mehr ist als ein sich von selbst vollziehender Vorgang, und dass in ihm doch etwas mehr liegt als ein blosses Erdulden, insofern sich bedeutsame Rechtsfolgen an ihn anknüpfen: „das wirtschaftliche Verhalten des Empfängers soll durch den Empfang bestimmt werden",[29]) der Empfang soll ihn zu weiterem Handeln veranlassen. Treffend sagt Endemann,[30]) dass der Empfang zwar kein direktes Handeln sei, „dass dem Empfänger aber eine Rechtsfunktion zugewiesen sei, welche der des Erklärenden durchaus ebenbürtig sei; durch den Empfang werde ein rechtsgeschäftliches Band zwischen beiden Personen geknüpft". — Wer mithin rechtlich oder faktisch ausser stande ist, eine wirksame Willenserklärung abzugeben, der wird auch nicht mit Wirksamkeit Erklärungsempfänger sein dürfen.

Wer die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Erklärung nicht zu erfassen vermag, bei dem wird auch kein Verständnis für die Bedeutung einer ihm gegenüber abgegebenen Erklärung vorauszusetzen sein. Mithin wird also derjenige, der berufen ist, statt seiner Erklärungen abzugeben, auch das Recht und die Pflicht haben, wenn anders die beabsichtigte Rechtswirkung eintreten soll, sie für ihn entgegenzunehmen.

Wie aber die Rechtsordnung gestattet, dass ein jeder, der auch selbst im stande ist, Handlungen vorzunehmen und Willenserklärungen abzugeben, sich zur Erleichterung des Verkehrs und entsprechend seinen Bedürfnissen zur Verrichtung seiner Angelegenheiten der Mitwirkung Dritter bedient, so ist es in gleicher Weise wünschenswert, dass auch diese — wenn man so sagen darf — passive Seite des Handelns einem andern übertragen

---

[27]) Hellmann Seite 100.

[28]) Isay Seite 84.

[29]) Zitelmann Entwurf I, Seite 23, 24.

[30]) Endemann Seite 278. So auch Matthiass Seite 174. „Empfangen, welches insofern als Handlung angesehen wird".

werden könne. Diese s. g. passive Vertretung ausdrücklich anerkannt zu haben, ist eins der vielen Verdienste des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

§ 7.

Halten wir einen kurzen Umblick in der Entwicklung der Vertretungslehre vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch, so finden wir diese Seite der Vertretung fast durchweg unberücksichtigt gelassen. Zu beachten ist dabei freilich, dass die Lehre von der Vertretung im römischen wie im älteren deutschen Rechte überhaupt noch sehr wenig ausgebildet war: eine Vertretung im heutigen Sinne, wo es sich um ein Thätigsein im Namen eines andern handelt, so dass die Rechtswirkungen unmittelbar den Vertretenen treffen, war grundsätzlich nicht zugelassen. *„nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest.“*[31])

Das Rechtsgeschäft, das in seinem Inhalt auf einen andern gerichtet wird, ist ungiltig: *„tibi non vis, nec illi potes“*.[32]) Die heutige s. g. direkte Vertretung hat sich erst nach einem modernen, bereits im Mittelalter beginnenden Gewohnheitsrecht entwickelt. Im kanonischen Recht war dies Gewohnheitsrecht auch ausdrücklich anerkannt: *„potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum: qui fecit per alium, est perinde ac si faciat per se ipsum“*.[33])

Trotz dieser Unfruchtbarkeit der älteren Quellen für die Lehre von der Stellvertretung finden wir im *corpus iuris* einige Stellen, die nicht nur einen Ansatz zu der direkten Stellvertretung überhaupt, sondern auch gerade, was für uns besonders von Interesse ist, zu der passiven Seite derselben bilden, wo mithin die Vertretung in der Entgegennahme von Erklärungen mit Rechtswirkung für und wider den Vertretenen gestattet ist. Es handelt sich hier grösstenteils um solche Fälle, bei denen Willenserklärungen gegenüber einem aus Rom Abwesenden abzugeben sind und nun die Frage entsteht, ob sie rechtswirksam an den von ihm zurückgelassenen Prokurator erfolgen können.

---

[31]) l. 73 § 4 D. 50, 17.
[32]) l. 6 C. 4, 50,
[33]) c. 68 c 72 in VI 5, 12.

Wenn das römische Recht nun auch erkannte, dass das Verkehrsbedürfnis es erfordere, diese Frage in bejahendem Sinne zu beantworten, so konnte es sich doch zu einer Konsequenz, wie das moderne Recht sie gezogen hat, nicht recht aufschwingen: dass die Wirkungen dieser s. g. privaten Denuntiationen unmittelbar für und wider die Vertretenen sofort mit Abgabe an den Prokurator eintreten sollten, diese Schlussfolgerung wagten die Römer nur in ganz vereinzelten Fällen zu ziehen.[34]) Sie nahmen daran Anstoss, dass Rechtswirkungen für jemanden eintreten sollten, ohne dass dieser davon eine Ahnung hätte. Nur in ganz wenigen Fällen vermochten sie sich darüber hinwegzusetzen, so z. B. in l. 2 § 3 D. 24, 2, wonach die Wirksamkeit der einseitigen Ehescheidung und der Verlöbniskündigung sofort mit Abgabe an den Gewalthaber der Repudiierten eintritt. Ebenso kann nach einer anderen Stelle die Denuntiation der schwangeren Geschiedenen nach dem *S. C. Plancianum* an den Inhaber der väterlichen Gewalt mit gleicher Wirkung wie an den geschiedenen Mann selber erfolgen.[35]) [36])

In allen übrigen Fällen aber knüpfte das römische Recht an die Abgabe gegenüber dem Vertreter noch nicht die vollen Rechtswirkungen, sondern es tritt ein eigentümliches Schwebeverhältnis ein. Als Typus dieser römischen Auffassung seien hier die l. 65 §§ 7, 8 D. 17, 2 angeführt, die speziell für die passive Seite der Vertretung von besonderem Interesse sind.

> *„Renuntiare societati etiam per alios possumus: et ideo dictum est procuratorem quoque posse renuntiare societati, sed utrum de eo dictum est, cui omnium bonorum administratio concessa est, an de eo, cui hoc ipsum nominatim mandatum est, videamus, an vero per utrumque recte renuntietur quod est verius, nisi si prohibuerit eum dominus specialiter renuntiare. Item scriptum est posse procuratori quoque meo socium renuntiare. quod Servius apud Alfenum*

---

[34]) cfr. Kipp Seite 94 ff.

[35]) Kipp Seite 97, 98.

[36]) Vgl. noch die ähnlichen Fälle in l. 1 § 10 D. 25, 4 und l. 14 § 46 C. 4, 30.

ita notat: esse in potestate domini, cum procuratori eius renuntiatum est, an velit ratam habere renuntiationem. igitur is, cuius procuratori renuntiatum est liberatus esse videbitur an autem ipse quoque qui renuntiavit procuratori liberetur, in potestate eius erit quemadmodum diximus in eo, qui socio renuntiat.“ —

In dieser Stelle ist es ausdrücklich ausgesprochen, dass der Prokurator eines Socius die Societät mit sofortiger Rechtswirkung für diesen kündigen könne, und zwar sowohl der *procurator omnium bonorum*, als auch der eigens zu diesem Zweck bestellte Prokurator; der erstere stets nach freiem Belieben, wenn er nicht eine ausdrückliche entgegengesetzte Weisung erhalten hat. Es ist damit also derselbe Rechtseffekt hergestellt, wie bei der direkten Stellvertretung. Und ebenso kann, was für uns von besonderer Wichtigkeit ist, die Kündigung seitens eines Socius mit Rechtswirkung auch gegenüber dem Prokurator des abwesenden Socius erfolgen; hier tritt aber die Eigentümlichkeit der römischen Auffassung zu Tage: der Socius, welcher die Kündigung vorgenommen hat, ist an dieselbe gebunden und nicht mehr zum Rücktritt berechtigt; dem vertretenen Socius dagegen steht es frei, nach Gutdünken darüber zu entscheiden, ob er die Kündigung genehmigen wolle oder nicht. Sofortige Rechtswirkung hat die Erklärung mithin nur für den Erklärenden, und insofern liegt ein *negotium claudicans* vor. — Diese Einschränkung der Wirksamkeit widerspricht durchaus dem modernen Rechtsempfinden, das nach Möglichkeit eine *paritas condicionis omnium* anstrebt, und ist auch völlig unberechtigt. Aber „das römische Recht hat eben das Bedürfnis nicht empfunden, Mittel und Wege zur Erlangung des Effekts der Erklärung auch ohne wirkliche Mitteilung an den Denuntiaten zu gewähren. Nur in einzelnen Fällen hat es sich bewogen gefunden, derartige Mittel an die Hand zu geben.“ [37])

Gleichwohl sind die erwähnten Stellen für uns deshalb von besonderer Wichtigkeit, weil sie einen Beweis dafür liefern, dass

---

[37]) Kipp Seite 104.

schon die Römer, wenn auch vielleicht nur instinktiv, erkannten, dass neben der aktiven Stellvertretung auch eine Vertretung im Empfang von Erklärungen zulässig sei. —

Im übrigen finden wir aber nirgends, weder in den römischen noch deutschrechtlichen Quellen, Hinweise auf eine andere als die aktive Seite der Vertretung. Auch als im 17. Jahrhundert das Prinzip der direkten Stellvertretung siegreich zur Anerkennung gelangt war, hat Litteratur wie Praxis bis auf unsere Tage derselben stets nur als eines Handelns gedacht und immer nur ihre aktive Seite betont, obwohl sie in Wahrheit — es ist das ein natürlicher Ausfluss der Stellvertretung, besonders bei Vertragsschlüssen — dieselbe auch in ihrer passiven Seite zuliessen.[38]) Von den Partikularrechten hat allein das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch eine diesbezügliche vereinzelte Bestimmung in § 788 aufgenommen: „Ebenso gelten Willenserklärungen, welche von andern dem Stellvertreter gegenüber abgegeben worden sind, ebenso, als ob sie den Vertretern gegenüber abgegeben worden wären.“ — Das Verdienst, in der Litteratur zuerst auf diese passive Seite der Vertretung ausdrücklich hingewiesen zu haben, gebührt Schliemann,[39]) der, allerdings nur von Verträgen, nicht von einseitigen Rechtsgeschäften sprechend, betont, dass es neben der aktiven auch eine passive Seite der Vertretung, eine Vertretung in der Entgegennahme von Erklärungen, gebe. Allein weder er selbst hat daraus irgend welche weiteren Konsequenzen gezogen, noch hat die Litteratur ihm weitere Beachtung geschenkt und die von ihm gegebene Anregung sich zu Nutze gemacht dadurch, dass sie die Grundsätze der aktiven Stellvertretung, soweit angängig, auf die passive Seite derselben übertrug. Nur Zimmermann[40]) weist gebührend auf Schliemanns Verdienst hin, ohne jedoch seinerseits den Gedanken der passiven Vertretung weiter zu verfolgen.[41])

[38]) **Nur Regelsberger, Seite 580, nimmt in die Begriffsbestimmung der Stellvertretung die Entgegennahme von rechtsgeschäftlichen Erklärungen auf.**

[39]) **Schliemann Seite 25—29.**

[40]) **Zimmermann Seite 47, 48.**

[41]) **Vgl. dazu Brinz-Lotmar, Lehrbuch der Pandekten Band IV § 577 $_2$, der die Existenz einer besonderen passiven Vertretung leugnet**

§ 8.

Erst das Bürgerliche Gesetzbuch hat, wie bereits erwähnt, diese passive Seite der Vertretung, wenn auch nur an vereinzelten Stellen, zur Anerkennung gebracht und damit wenigstens der Wissenschaft eine feste Grundlage zur ihrer Ausarbeitung und Entfaltung geboten. Es ergab sich für das Gesetzbuch die Notwendigkeit dieser Berücksichtigung aus praktischen Gründen in Anbetracht der grossen Bedeutung, die es dem Empfang der empfangsbedürftigen Willenserklärungen beilegte: indem es die Wirksamkeit der grossen Mehrzahl aller Willenserklärungen von dem Empfang seitens eines bestimmten Adressaten abhängig machte, musste es dem Verkehrsleben auch weiter gerecht werden und eine Vertretung im Empfang nicht nur zulassen, sondern auch ihre Behandlung im einzelnen, wenn auch nicht ausdrücklich festsetzen, so doch wenigstens andeuten und einen Fingerzeig für dieselbe bieten. Indem das Gesetzbuch hinsichtlich des grundlegenden Paragraphen der ganzen Vertretungslehre, den es an die Spitze derselben stellt, ausdrücklich analoge Anwendung der passiven Vertretung gebietet (§ 164 Abs. 1 und 3), hat es damit ausgesprochen, dass, soweit es keine Bestimmungen darüber enthält, die Vorschriften der aktiven Vertretung allemal auf die passive Seite derselben, soweit darauf überhaupt anwendbar, auszudehnen seien; und stets wird daran festzuhalten sein, dass Vertretung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs, soweit nichts Anderes bemerkt, sowohl die aktive wie die passive Seite derselben umfasst. Auf diesem Standpunkte steht auch heute fast die gesamte Litteratur des Bürgerlichen Gesetzbuchs, indem sie die beiden Seiten im Organismus der Vertretung ausdrücklich anerkennt, wenn auch die passive Seite meistens noch recht stiefmütterlich behandelt wird und nur gelegentlich neben der aktiven Vertretung Beachtung findet. Besonders scharf hervorgehoben und *ex professo* von der aktiven Vertretung gesondert betrachtet, finden wir die passive Vertretung bei Cosack und neuestens bei

---

und infolgedessen die Ausführungen Schliemanns und Zimmermanns für verfehlt hält.

Schlossmann.[42]) Inwiefern die vereinzelte Ansicht Leonhards,[43]) bei der s. g. passiven Vertretung liege eine wahre Vertretung überhaupt nicht vor, sondern da handle es sich lediglich um ein faktisches Mitwirken an einem fremden Geschäft, unhaltbar ist, werden wir weiter unten darzuthun haben.

Zweiter Abschnitt:

Im Bürgerlichen Gesetzbuch insbesondere.

I. Begriff.

§ 9.

Nach Anologie der aktiven Stellvertretung kann man die passive Stellvertretung des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Anschluss an § 164 definieren als die Empfangnahme einer fremden empfangsbedürftigen Willenserklärung im Namen eines andern, mit der Absicht, dass die Rechtswirkungen dieses Empfanges unmittelbar bei diesem andern, dem Vertretenen, eintreten sollen. Erforderlich ist mithin die erkennbare Abgabe der Willenserklärung seitens des Erklärenden gegenüber dem Vertreter als solchem, der Vertretungswille des Vertreters und der Empfang seitens desselben. Empfänger im Rechtssinn kann aber, wie wir gesehen haben, nur der Adressat der Willenserklärung sein: eine Willenserklärung, die an mich gerichtet ist, aber nur meinem Vertreter zugeht, d. h. zufällig oder auch durch eine Mittelsperson,

---

[42]) Cosack Seite 215 ff. Schlossmann Seite 37 ff (derselbe will von der aktiven und passiven Vertretung noch eine dritte Seite derselben, eine s. g. potentielle Vertretung, gesondert wissen). Vgl. ferner Windscheid-Kipp I, Seite 318 ff., Matthiass Seite 235 ff., Crome Seite 451 ff., Endemann Seite 338 ff., Zitelmann B.G.B. Seite 118 ff., Kuhlenbeck Seite 480, Hellmann Seite 100 ff., Eck Seite 64 ff., Enneccerus Seite 215 ff., Planck Seite 210 ff., Meisner Seite 158 f., Gareis Seite 203 ff., Kaufmann Seite 167 f., Szkolny und Caro Seite 197 ff.

[43]) Leonhard Seite 300. Nicht klar ist der Standpunkt Rehbeins, der sich auf Seite 250 und Seite 251 direkt widerspricht. —

jedenfalls aber nicht dem Willen des Erklärenden entsprechend, st, bis ich sie selbst empfangen habe, rechtlich bedeutungslos.

Aus der Begriffsbestimmung der passiven Vertretung ergiebt sich eine Abgrenzung derselben nach zwei Seiten. Erstlich: da eine empfangsbedürftige Willenserklärung nur dann als empfangen gilt, wenn es sich um einen Empfang im Rechtssinn handelt, so fällt nicht unter den Begriff der passiven Vertretung die rein faktische Entgegennahme der Erklärung für einen andern.

Wodurch aber — und das führt uns auf eine äusserst schwierige und bestrittene Frage — unterscheidet sich überhaupt rechtlich ein faktischer Empfang von einem solchen im Rechtssinn? Wo ist im Einzelfalle die Grenze zwischen beiden zu ziehen?

Bezüglich der Vertretung bei Abgabe der Willenserklärung für einen andern hat sich besonders in der gemeinrechtlichen Doktrin ein lebhafter Streit darüber entsponnen, wo das faktische Handeln aufhöre und das rechtliche Handeln anfange, eine Kontroverse, die auch durch das Bürgerliche Gesetzbuch keine Erledigung gefunden hat. Im allgemeinen wird man bei der Beantwortung dieser Frage daran festzuhalten haben, dass, „soweit den Personen, deren man sich bedient, eine Willenswahl offen gelassen ist, die Grundsätze von der Vertretung Platz greifen".[44]) Das entscheidende Kriterium ist darin zu suchen — dies dürfte auch im allgemeinen dem Stande der heutigen Litteratur entsprechen —, dass die Vertretungsqualität eine Mitwirkung nicht nur in der Erklärung, sondern auch im Willen erfordert, während die Funktion der rein faktischen Mitwirkung an fremden Rechtsgeschäften, wie z. B. die eines Boten oder sonstigen Gehilfen, sich im Erklären erschöpft.

Weit schwieriger ist die Beantwortung der Frage aber bei der passiven Vertretung. Da lässt uns dies Kriterium völlig im Stich, da eine Erklärung überhaupt nicht vorliegt. Diese Erwägung hat manche Schriftsteller, insbesondere Leonhard,[45]) dahin geführt, die Existenz einer besonderen passiven Vertretung

[44]) Kuhlenbeck Seite 465.

[45]) Leonhard Seite 300. Vgl. dazu auch die zitierte Stelle bei Brinz-Lotmar.

neben der Stellvertretung im Handeln, oder wenigstens ihre juristische Haltbarkeit zu leugnen und dieselbe mit der rein faktischen Mitwirkung der — Empfangsperson, wie wir sie kurzweg nennen wollen, zu verschmelzen.[45a]) Leonhard geht dabei von der rechtlichen Natur des Empfanges aus, der seiner Ansicht nach in reiner Passivität besteht und keine besonderen Fähigkeiten voraussetzt; „wo man daher für einen andern empfange, liege weiter nichts als eine blosse Beihilfe vor, denn wo kein Wille vorhanden sei, könne es auch keinen Vertreter im Willen geben.“ Dass diese Einwände der Stichhaltigkeit entbehren, dass insbesondere der Empfang einer empfangsbedürftigen Willenserklärung, dazu bestimmt, das weitere Verhalten des Erklärungsempfängers zu motivieren, etwas mehr als ein passives Verhalten voraussetzt und daher Erkenntnisfähigkeit, Verständnis von der durch den Empfang geschaffenen Veränderung der Rechtslage erfordert, haben wir bereits früher darzuthun versucht. Von dieser Auffassung ausgehend, liegt unseres Erachtens das entscheidende Kriterium in dem Umstande, dass die Empfangsperson, z. B. der Empfangsbote, dessen Aufgabe es ist, die an einen andern adressierte Erklärung entgegenzunehmen und diesem zu übermitteln, lediglich die Erklärung als solche, d. h. die rein äussere Seite der Erklärung, erfasst oder vielmehr zu erfassen hat, während der passive Vertreter als Adressat und Empfänger den Willen des Erklärenden, wie er sich in der Erklärung äussert, mit der Erklärung in sich aufnimmt: er nimmt geistigen Anteil an der Erklärung; nur soll dieselbe nicht für ihn, sondern den Vertretenen Wirksamkeit haben. Die Konsequenzen aus der einem Boten gegenüber abgegebenen Willenserklärung zu ziehen, ist einzig und allein Sache des *dominus*, während der Vertreter mit dem Empfange der Erklärung auch ihre rechtliche Bedeutung rezipiert. Infolgedessen ist der Vertreter berechtigt, mit Wirksamkeit Einwände gegen die Giltigkeit der Erklärung zu erheben. Der Vertreter des Mieters beispielsweise, dem der Hauswirt kündigt, kann geltend machen, dass

---

45a) Das will auch Schlossmann, Seite 52—55, allerdings in ganz anderer Weise und zu einem ganz anderen Ergebnis kommend, wie Leonhard.

der Kündigungstermin nicht innegehalten sei: ergiebt sich die Berechtigung des Einwandes, so gilt die Kündigung als nicht erfolgt, ohne dass der Mieter selbst davon Notiz zu nehmen braucht. Wendet sich der Hauswirt nunmehr direkt an denselben, so liegt eine neue Willenserklärung vor. Der Empfangsbote dagegen ist nur zur Uebermittlung der Erklärung bestimmt, „sein Wissen und Wollen kommt rechtlich nicht in Betracht",[46]) seine Kenntnis oder Unkenntnis kann bei der Beurteilung des rechtsgeschäftlichen Thatbestandes nicht von Belang sein.

Ein solcher Einwand der Empfangsperson wäre mithin rechtlich bedeutungslos; es bliebe abzuwarten, wie sich der Mieter selbst zu der erfolgten Kündigung verhielte. Da die Empfangsperson ein rein mechanisches Werkzeug ist, steht dem nichts im Wege, dass ein kleines Kind oder ein Geisteskranker als solche funktionieren, während die Rolle eines Vertreters, Erkenntnisfähigkeit erfordernd, an gewisse subjektive Voraussetzungen gebunden ist.

Wenn Leonhard die Haltlosigkeit des Begriffes „passive Vertretung" weiter damit begründet, dass man auch manchmal etwas höre, was man gar nicht hören wolle,[47]) so ist dem entgegenzuhalten, dass ein Hören allerdings wider den Willen des Hörenden erfolgen könne, ein Empfangen im Rechtssinn aber nicht. Die empfangsbedürftige Willenserklärung setzt einen bestimmten Adressaten voraus; soll sie wirksam sein, so muss sie von diesem, oder, was gleichbedeutend ist, seinem Vertreter, empfangen werden. Richte ich mithin eine solche Erklärung an eine beliebige Person, die weder Beteiligter oder Vertreter ist noch es sein will, vielleicht in der irrigen Annahme, einen Vertreter vor mir zu haben, so liegt eine wirksame Erklärung, ein Empfang im Rechtssinn seitens des Hörenden, nicht vor.

Nicht im Widerspruch steht damit, dass derjenige, welcher eine Verpflichtung zum Empfange von Erklärungen für einen andern übernommen hat, sich im Einzelfall nicht darauf berufen kann, er habe von seiner Eigenschaft als Vertreter nicht Gebrauch machen wollen; mithin die Erklärung zwar gehört,

---

[46]) **Eck Seite 65.**

[47]) **Leonhard Seite 300.**

aber nicht empfangen. Hier wird wieder das eingangs erwähnte *dolus*-Prinzip aushelfen müssen.[48])

Dass unter Umständen eine empfangsbedürftige Willenserklärung ausnahmsweise mit der Abgabe gegenüber einer Person, die nicht Vertreter ist oder es nicht mehr ist, Wirksamkeit erlangt; dann nämlich, wenn der Erklärende zu der Annahme berechtigt ist, mit einem Vertreter zu thun zu haben, ist eine zu Gunsten des gutgläubigen Dritten aufgestellte Fiktion, die an den erwähnten Grundsätzen nichts ändert.[48a])

Wir haben also daran festzuhalten: die Empfangsperson als rein faktischer Empfänger rezipiert nur die Erklärung zur Kolportierung; der Vertreter nimmt den rechtsgeschäftlichen Willen in sich auf.

Dass diese Unterscheidung keine blosse Doktorfrage ist, ergeben die weitgehendsten praktischen Konsequenzen. Eine empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber der Empfangsperson, beispielsweise dem Mäkler, der die Vertragsofferte annimmt und sie dem Antragsempfänger übermittelt, oder einem Boten, kann erst dann Wirksamkeit erlangen, wenn sie dem Adressaten zugegangen ist. Es liegt hier eine Willenserklärung unter Abwesenden im gewöhnlichen Sinne vor: ob ich die Erklärung durch Vermittlung der Post oder mit Hilfe eines Boten an den Adressaten gelangen lasse, ist rechtlich gleichbedeutend: *„[emptio] contrahi potest et per nuntium et per literas.“*[49]) Zufällige, von der Person der Beteiligten unabhängige Ereignisse, z. B. Verlust des Briefes auf der Post oder Tod des Boten auf dem Wege, hindern den Eintritt der Wirksamkeit der Erklärung.

Die Ansicht Cromes, dass die Willenserklärung bereits mit Mitteilung an den vom Adressaten gesandten Boten als ihm zugegangen zu betrachten sei,[50]) führt notwendig zu der Konsequenz, dass eine Erklärung, die auf besonderen Wunsch des

---

[48]) Vgl. darüber § 15 des Textes.

[48a]) Auch darüber siehe Näheres im § 15.

[49]) l. 1 § 2 D. 18, 1. So auch Zitelmann B.G.B. Seite 96.

[50]) Crome Seite 451, ebenso Monich Seite 83, Düringer und Hachenburg 2. Band, Einleitung, Seite 26, Lehmann-Ring zu § 48 Anm. 8. Auch R.O.H.G. VIII, Seite 397 ff.

Adressaten durch die Post übersandt wird, bereits mit Aufgabe zur Post Wirksamkeit erlangen müsse; das wäre der Standpunkt der s. g. Uebermittlungstheorie, die in direktem Widerspruch mit dem Gesetze steht.

Bis der Empfänger die faktische Möglichkeit hat, die Erklärung durch den Boten zu vernehmen, kann sie keine Wirksamkeit erlangen, bis zu diesem Augenblick ist der Erklärende also zum Widerruf berechtigt, z. B. durch ein Telegramm oder durch Nachsenden eines schnelleren Boten, der den ersten überholt. — Der passive Vertreter dagegen ist selbst Adressat und Empfänger der Willenserklärung; zu ihrer Wirksamkeit ist mithin erforderlich, aber auch genügend, dass er von ihr Kenntnis nimmt, bezw. die Möglichkeit dazu hat.

Besonders praktisch kann der Unterschied bei Vertragsanträgen werden: der einem Vertreter gegenüber erfolgte Antrag kann mangels anderweitiger Abrede nur sofort angenommen werden; geschieht das nicht, so ist der Antragsteller auch nicht an ihn gebunden.[51]) Wird aber die Erklärung durch einen Boten vermittelt, so besteht laut § 147 Abs. 2 die Gebundenheit des Antragenden von dem Augenblick des Empfanges seitens des Adressaten bis zu dem unter regelmässigen Umständen zu erwartenden Eingange der Antwort.

Wie aber, wenn der Erklärende sich über die Qualität desjenigen, dem er die Erklärung abgiebt, im Irrtum befindet? Wenn er glaubt, mit einem Boten zu verhandeln und in Wahrheit einen Vertreter vor sich hat? Praktisch wird dieser Fall freilich nur verhältnismässig selten werden: denn sobald der Bote in den Machtbereich seines Herrn gelangt, ist die Erklärung in ihrer Rechtswirkung gleichbedeutend mit einer solchen, die einem Vertreter gegenüber abgegeben ist; der Irrtum über die Qualität des Gegners wäre mithin irrelevant. Denkbar ist jedoch, dass auch ein solcher Irrtum zu praktischen Konsequenzen führt. Als Beispiel diene folgender Fall: Es handelt sich um die Annahme eines Vertrages; der Antragsteller wohnt in München und sendet einen Vertreter nach Berlin zum Antragsempfänger, damit

[51]) § 147 B.G.B.

er die Annahmeerklärung entgegennehme. Der Antragsempfänger glaubt einen Boten vor sich zu haben und giebt diesem gegenüber die Erklärung ab, in der Meinung, dass er ja schliesslich noch etwa 22 Stunden Zeit habe, bis der vermeintliche Bote dieselbe seinem Herrn überbracht habe, sich die Sache zu überlegen und eventuell durch ein Telegramm zu widerrufen. Später erfolgt dieser Widerruf thatsächlich. Was für Konsequenzen bringt das mit sich? Für den Eintritt der Wirksamkeit des Vertrages ist dieser Irrtum natürlich bedeutungslos, der Vertrag ist perfekt geworden unmittelbar mit der Abgabe der Annahmeerklärung an den Vertreter. Dagegen wäre zu erwägen, ob dem Erklärenden hier nicht ein Anfechtungsrecht nach § 119 B.G.B. zuzuerkennen wäre. Ich stehe nicht an, diese Frage in unserem Falle zu bejahen, denn es ist vorauszusetzen, dass er „bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles", d. h. wenn er gewusst hätte, dass der Vertrag sofort mit der Abgabe der Erklärung perfekt würde, die Erklärung nicht abgegeben hätte. In der blossen Thatsache, dass er die Erklärung nur unter der Voraussetzung abgab, möglicherweise noch widerrufen zu können, wird eine Mentalreservation mit nichten zu erblicken sein; der § 116 hat überhaupt ganz andere Fälle im Auge. Hier liegt aber ein Irrtum vor über die Person des Adressaten.

Im Einzelfall wird freilich genau zu prüfen sein, ob der Erklärende bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles die Erklärung wirklich nicht abgegeben haben würde, und stets wird Voraussetzung der Anfechtbarkeit sein, dass der Irrtum von praktischen Folgen begleitet wird, dass also der Widerruf thatsächlich erfolgt ist, und zwar bevor die Willenserklärung, wenn sie, der Ansicht des Erklärenden entsprechend, einem Boten gegenüber erfolgt wäre, normalerweise hätte Wirksamkeit erlangen können.

Ob ich jemanden als meinen Boten oder meinen Vertreter auftreten lassen will, hängt natürlich von meinem freien Belieben ab. Im Einzelfall wird der Erklärende wohl aus der ausdrücklichen Erklärung des Empfängers oder durch Kundgebung seitens des Vertretenen[52]) zu entnehmen haben, ob er es mit einem Boten

[52]) § 171 B.G.B.

oder einem passiven Vertreter zu thun habe. So wird beispielsweise stets zu präsumieren sein, dass derjenige, welcher als Vertreter eines andern eine Vertragsantragserklärung abgiebt, auch berechtigt sei, die Annahmeerklärung als Vertreter entgegenzunehmen, und in einem solchen Falle wird sich der Erklärende nicht darauf berufen dürfen, dass er eine blosse Empfangsperson vor sich zu haben glaubte. Hier ist der Erklärende verpflichtet, wenn anders der Vertrag zustandekommen soll, die Annahme dem Vertreter gegenüber zu erklären.[53]) Handelt es sich dagegen um einen Boten, so thut es der Wirksamkeit des Vertrages keinen Abbruch, wenn der Antragsempfänger unter Uebergehung des Boten die Annahmeerklärung dem Antragenden selbst überbringt oder sich eines anderen Mittels dazu bedient.

Möglich ist es freilich auch, wenn es auch wohl in der Praxis kaum vorkommen dürfte, dass eine Person bei ein und demselben Rechtsgeschäft als Bote und Vertreter funktionieren soll; es müsste dies dann aber durch eine ausdrückliche Erklärung kenntlich gemacht werden. Wenn man behauptet hat, dass Vertretung bei einem Rechtsgeschäft als einem Ganzen möglich sei,[54]) so ist das für das Bürgerliche Gesetzbuch sicherlich unzutreffend; dasselbe spricht ausdrücklich nur, wenigstens regelmässig, von einer Vertretung bei Abgabe und Empfang von Willenserklärungen, nicht bei Rechtsgeschäften, und es ist nicht einzusehen, weshalb dies bei den Willenserklärungen im Thatbestande des Vertrages, wobei in der Praxis die Vertretung erfahrungsgemäss die grösste Rolle spielt, anders sein sollte.[55])

Es ist durchaus denkbar, dass mein Bote, der einen Antrag von mir dem Oblaten — mündlich oder schriftlich — überbringt, das Recht haben soll, die Annahmeerklärung desselben als mein Vertreter entgegenzunehmen: ich mag ja ein Interesse daran haben, dass die Annahmeerklärung sofort mit ihrer Abgabe wirksam wird; nur muss hier natürlich die Vertreterqualität dem

---

[53]) § 147, 1 B.G.B.

[54]) So z. B. Schliemann Seite 25—29. Gegen ihn Zimmermann Seite 47 f.

[55]) In diesem Sinne auch Planck Seite 210.

Antragsempfänger kenntlich gemacht werden, widrigenfalls ihm unter den oben geschilderten Voraussetzungen zweifellos ein Anfechtungsrecht zustünde.

§ 10.

Aus der Definition des Begriffes der passiven Vertretung als eines Empfanges im Namen eines andern mit Rechtswirkung für diesen, ergiebt sich als weitere Folge, dass eine Vertretung im Sinne des Gesetzbuchs nicht vorliegt, wo es sich um Empfang einer Willenserklärung für einen andern mit Rechtswirkung für diesen, aber im eigenen Namen handelt. Es kann dies praktisch wohl regelmässig nur bei dem Empfang von Vertragsofferten in Betracht kommen. Hier treten die Rechtswirkungen, ohne Rücksicht auf den anders gearteten Willen des Vertreters wie des Vertretenen, unmittelbar in der Person des Vertreters ein, wie z. B. des Kommissionärs oder Spediteurs, den Typen der s. g. indirekten Stellvertreter oder, wie man sie nach Windscheids Vorgang besser zu bezeichnen pflegt, Ersatzmänner. Wenn solch ein Ersatzmann eine Vertragsofferte bekommt, so ist er im Fall der Acceptation Selbstkontrahent, da er die empfangsbedürftige Willenserklärung in eigenem Namen empfangen hat, und demgemäss wird er selbst berechtigt und verpflichtet, mag er auch im inneren Verhältnis gehalten sein, die Rechtswirkungen auf den Prinzipal zu übertragen; „um den wirtschaftlichen Erfolg der Vertretung herbeizuführen, bedarf es eines besonderen Rechtsgeschäfts.“[56]) Dem Erklärenden steht einzig und allein als Beteiligter der Ersatzmann gegenüber; die Person des Dritten bleibt im Verhältnis zu ihm völlig unberührt. — Eine Ausnahme, die § 392 H.G.B. für den Kommissionär statuiert und über den in den §§ 383, 406 H.G.B. angegebenen Kreis von Geschäften nicht ausgedehnt werden darf, bestätigt nur die Regel.

Indem das Bürgerliche Gesetzbuch diese Art der Vertretung, die s. g. indirekte oder mittelbare Vertretung, völlig unerwähnt gelassen hat, hat es ausgesprochen, dass ein solches Handeln wie Empfangen für einen andern, aber im eigenen Namen, lediglich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beur-

---

[56]) **Kuhlenbeck Seite 466.**

teilen sei, und der Vertreter (Erklärungsempfänger) daher als Selbstpartei berechtigt und verplichtet werde.

II. Thatbestand.

1. Die Beteiligten.

§ 11.

Nachdem wir so den Begriff der passiven Vertretung nach zwei Seiten hin abgegrenzt haben, gehen wir auf ihren Thatbestand selbst ein. Zum Zustandekommen des Vertretungsgeschäfts sind regelmässig, wie bei der aktiven Vertretung, drei Personen erforderlich: der Vertreter-Erklärungsempfänger, der Vertretene, für den die Erklärung empfangen wird, und der erklärende Dritte. Damit jedoch diese drei Beteiligten durch ihr Zusammenwirken den gewünschten Rechtserfolg herstellen können, hat die Rechtsordnung weitere Voraussetzungen an ihre Person geknüpft.

Der Empfang einer empfangsbedürftigen Willenserklärung, zwar kein direktes Handeln darstellend, aber doch dieselben Rechtswirkungen wie ein solches herbeiführend, ist daher durch dieselben Erfordernisse bedingt, wie das Handeln selbst: wer mithin rechtswirksam eine Willenserklärung — sei es für sich oder einen andern — empfangen soll, muss Handlungsfähigkeit besitzen; einem Geschäftsunfähigen mangelt diese Fähigkeit: infolgedessen ist eine ihm gegenüber abgegebene Willenserklärung unwirksam.[57]) Die Rolle eines passiven Vertreters kann einem Geschäftsunfähigen daher niemals übertragen werden. Leonhard kommt, in von seinem Standpunkt aus durchaus gerechtfertigter Weise zu dem entgegengesetzten Resultat; er giebt der Hoffnung Ausdruck: „dass sich die Praxis vielleicht doch allmählich dazu entschliessen werde, die wahre Vertretung im Willen von der blossen Vertretung im Erdulden einer Mitteilung zu unterscheiden und letztere auch durch Kinder und wahrnehmungsunfähige Entmündigte zuzulassen.“[58])

Anders bei solchen Personen, die nur in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind, d. h. zwar nicht volle, aber doch teilweise Handlungsfähigkeit besitzen. Ihnen ist — in ihrem eigenen In-

[57]) § 131 B.G.B.

[58]) Leonhard Seite 301.

teresse — die volle Handlungsfähigkeit nur da abgesprochen, wo durch das Handeln eine Verpflichtung für sie begründet würde: die Vertretung aber (in der Abgabe wie) im Empfange einer Erklärung erzeugt für den Vertreter überhaupt keine Rechtswirkungen, seine Rechtslage bleibt völlig unberührt; daher ist Beschränktheit in der Geschäftsfähigkeit kein Hindernis, um als Vertreter eines andern mit Wirksamkeit für diesen Erklärungen (abzugeben und) zu empfangen.[59])

Gestützt auf diese Thatsache, dass zu der Rolle eines passiven Vertreters beschränkte Geschäftsfähigkeit genüge, will Isay[60]) den Beweis liefern, dass der Empfang von empfangsbedürftigen Willenserklärungen überhaupt nur beschränkte Geschäftsfähigkeit voraussetze. Man muss sagen, dass seine Schlussfolgerung etwas schnell und wenig logisch ist. „Da der subjektive Vorgang der Vertretung lediglich in der Person des Vertreters in Betracht komme, so müssten," seiner Ansicht nach, „für ihn dieselben Voraussetzungen gelten, als wenn er selbst Beteiligter wäre." Zunächst ist dem entgegenzuhalten, dass es eine, von diesem Standpunkt aus, unabweisliche Konsequenz wäre, auch für die Abgabe von Willenserklärungen die beschränkte Geschäftsfähigkeit genügen zu lassen; denn laut § 165 kann der beschränkt Geschäftsfähige nicht nur als passiver, sondern auch als aktiver Vertreter wirksam auftreten, und die Erwägungen, die Isay zu seiner Auffassung führen — Berücksichtigung des subjektiven Vorgangs in der Person des Vertreters — treffen in gleicher Weise auch hier zu. Diese Konsequenz seiner Auffassung wird Isay aber wohl kaum zu ziehen wagen und *de lege lata* überhaupt nicht ziehen können.

In Wahrheit aber entspricht es durchaus der *ratio legis*, für den aktiven wie passiven Vertreter die beschränkte Geschäftsfähigkeit genügen zu lassen, wo das Gesetz für die Selbstpartei volle Geschäftsfähigkeit erfordert. Das Gesetz geht offensichtlich, wie aus den verschiedensten Bestimmungen erhellt, von dem Gedanken aus, dass dem beschränkt Geschäftsfähigen, insbesondere dem Minderjährigen, die zur Abgabe wie zur Empfangnahme von

---

[59]) § 165 B.G.B.
[60]) Isay Seite 86 ff.

Willenserklärungen erforderliche Erkenntnisfähigkeit eigne, dass ihm dagegen die nötige Einsicht und Erfahrung mangle, und daher die Gefahr nahe liege, dass er übervorteilt und benachteiligt werde: lediglich, um dies zu verhüten, sind regelmässig Abgabe wie Empfangnahme von Erklärungen eines beschränkt Geschäftsfähigen unwirksam. Wo aber diese Gefahr nicht vorliegt, wo der beschränkt Geschäftsfähige durch Abgabe bezw. Empfang der Erklärung einzig und allein einen rechtlichen Vorteil erlangt,[61]) thut die beschränkte Geschäftsfähigkeit der Wirksamkeit der Willenserklärung keinen Abbruch. — Funktioniert der beschränkt Geschäftsfähige aber als Vertreter, so ist die Entstehung eines Schadens für ihn ausgeschlossen, da durch Abgabe wie Empfang der Willenserklärung nur der Vertretene verpflichtet wird. Der Schade der Uebervorteilung des beschränkt Geschäftsfähigen würde also höchstens ihn treffen: darauf aber braucht die Rechtsordnung keine Rücksicht zu nehmen; wer sich einen beschränkt Geschäftsfähigen zum Vertreter aussucht, muss auch die Gefahren einer Benachteiligung desselben mit in Kauf nehmen. — Wo das Gesetz ausnahmsweise eine Verpflichtung des Vertreters begründet — Haftung des Vertreters gegenüber dem gutgläubigen Dritten, falls er keine Vertretungsmacht besitzt, und der Vertretene die Genehmigung verweigert — statuiert es ausdrücklich eine Ausnahme — und das spricht auch gegen die Ansicht Isays — für den Fall, dass der Vertreter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. — (B.G.B. § 179, Abs. 3.)

Wenn nach § 165 die beschränkte Geschäftsfähigkeit des passiven Vertreters zur Wirksamkeit der von ihm empfangenen Erklärung genügt, so hat dieser Satz uneingeschränkte Bedeutung.

Ganz mit Unrecht machen manche Schriftsteller, insbesondere Endemann,[62]) dem Gesetzgeber den Vorwurf, dass er bei der Fassung des § 165 inkorrekt zu Werke gegangen sei. Sie berufen sich dabei insbesondere auf § 1780, wonach wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigte Personen nicht zum Vormund bestellt werden können, obschon

---

[61]) §§ 107, 131 B.G.B.

[62]) Endemann Seite 340 N. 9.

sie nur in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind.[63]) — Steht das aber im Gegensatz zu der Bestimmung des § 165? Dieselbe geht doch nicht etwa dahin, dass die von oder gegenüber einem Vertreter abgegebene Erklärung allemal wirksam sei, wenn der Vertreter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sei — das wäre vollkommen unsinnig — sondern nur, dass die Wirksamkeit der Abgabe, bezw. des Empfangs der Erklärung dadurch nicht beeinträchtigt werde, dass der Vertreter beschränkt geschäftsfähig sei: das besagt doch weiter nichts, als dass, wenn alle sonstigen Voraussetzungen zutreffen, die beschränkte Geschäftsfähigkeit des Vertreters nichts schaden solle. Damit aber Abgabe bezw. Empfang der Erklärung wirksam sei, ist nach § 164 vor allen Dingen erforderlich, dass der Vertreter innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht die Erklärung abgebe bezw. empfange. Da nun die Bestellung eines solchen wegen Geistesschwäche . . . . . Entmündigten zum Vormunde nichtig ist, mangelt ihm, wenn er trotzdem als Vertreter des Mündels auftritt, die erforderliche Vertretungsmacht, und allein aus diesem Grunde treten mit Abgabe oder Empfang der Erklärung keine Rechtswirkungen ein. Es ist dies eine Bestimmung, die lediglich den Schutz des Mündels bezweckt, um es nicht den Gefahren einer rechtsgeschäftlichen Abhängigkeit von solchen entmündigten Personen auszusetzen, die nur eine verhältnismässig geringe Gewähr für ihre Zuverlässigkeit bieten, weniger noch als Minderjährige, deren Bestellung zum Vormunde nicht nichtig ist.[64]) — Die Vertretung des Mündels durch solch eine entmündigte Person ist ganz nach den Grundsätzen einer Vertretung ohne Vertretungsmacht zu beurteilen: das durch den Empfang oder die Abgabe der Erklärung beabsichtigte Rechtsgeschäft kann mithin noch nachträglich wirksam werden, z. B. durch Genehmigung seitens des nunmehr rechtsgiltig bestellten Vormunds. Es ist daher falsch, wenn nicht nur Endemann, sondern fast die gesamte Litteratur, soweit sie sich überhaupt mit dieser Frage beschäftigt, in der Bestimmung des § 1780

---

[63]) B.G.B. §§ 114, 106.
[64]) B.G.B. § 1781.

eine Einschränkung des § 165 erblickt:[65]) beide sind von einander durchaus unabhängig.

Ganz ebenso ist das Verhältnis der §§ 1676, 78, 86, 96 B.G.B. zu § 165 zu beurteilen. Wenn hiernach die elterliche Gewalt des Vaters oder der Mutter ruht, falls sie in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind, so sind sie auch insoweit zur Vertretung des Kindes nicht berechtigt, und daher ist eine ihnen danach als Vertreter des Kindes gegenüber abgegebene Willenserklärung nicht wirksam: auch hier liegt keine Ausnahme von § 165 vor.

Wenn nach § 165 die Beschränktheit der Geschäftsfähigkeit des Vertreters die Wirksamkeit des Empfangs der Willenserklärung nicht beeinträchtigen soll, so kommt das natürlich nur für das Verhältnis nach aussen, für die durch die Vertretung zwischen dem Erklärenden und Vertretenen geschaffenen Rechtsbeziehungen in Betracht; das weitere Verhältnis zwischen passivem Vertreter und Vertretenen bleibt davon gänzlich unberührt. Das regelmässig, wenn auch nicht notwendig, der Vertretung zu Grunde liegende obligatorische Rechtsverhältnis — bei der gewillkürten Vertretung wird es meistens ein Auftrag sein — ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Darnach ist dasselbe nur wirksam, wenn der beschränkt Geschäftsfähige die Einwilligung oder Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters erhalten hat. Fehlt diese, so werden keine Verpflichtungen für ihn begründet, das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis ist unwirksam. Es greifen mithin die Grundsätze über Geschäftsführung ohne Auftrag Platz.[66]) Nach der Sondervorschrift des § 682 haftet der beschränkt Geschäftsfähige jedoch nur, wenn er sich beim Empfang der Willenserklärung eines Deliktes schuldig gemacht oder auf Kosten des Vertretenen etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat, nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen[67]) und über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung.[68])

---

[65]) z. B. Planck S. 212, Rehbein S. 256, Szkolny und Caro S. 201.
[66]) So auch Planck zu § 165 a.
[67]) B.G.B. §§ 823 ff.
[68]) B.G.B. §§ 814 ff.

Wir kommen jetzt, nachdem wir die Voraussetzungen in der Person des Vertreters geprüft haben, zu dem Vertretenen selbst und haben die Frage zu erörtern: „Was ist für den Vertretenen erforderlich, damit die Wirkungen der von dem Vertreter für ihn empfangenen Willenserklärung unmittelbar ihn selbst treffen?“

Ein Blick auf die einschlägigen Stellen des Gesetzes lehrt uns, dass in seiner Person die Geschäftsfähigkeit keine Voraussetzung bildet, ja sogar in den Regelfällen der gesetzlichen Vertretung ihr Nichtvorhandensein Bedingung ihrer Begründung ist. Hier hat die Vertretung gerade den Zweck, einen Ersatz zu bieten für die rechtliche Unfähigkeit des Vertretenen, selbst eine Willenserklärung wirksam zu empfangen. Bei der gewillkürten Vertretung freilich muss der Machtgeber zur Zeit der Vollmachtserteilung Geschäftsfähigkeit besitzen, bezw. die Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters haben; das ergiebt sich klar aus den §§ 105, 107. Dies ist aber auch nur im Augenblicke der Vollmachtserteilung erforderlich; ein nachträglicher Verlust der Geschäftsfähigkeit hat auf die Giltigkeit der Vertretungsmacht keinen Einfluss. Sie bleibt bestehen, bis der gesetzliche Vertreter des nunmehr Geschäftsunfähigen sie widerrufen hat.

Wenn somit Geschäftsfähigkeit des Vertretenen nicht erforderlich ist, so ist doch andrerseits zu berücksichtigen, dass die Wirkungen des Empfangs der Willenserklärung unmittelbar in seiner Person eintreten sollen: es ist daher unerlässlich, dass der Vertretene im stande sei, die Rechtswirkungen in sich aufzunehmen, dass er Subjekt von Rechten und Pflichten sei, dass er, mit anderen Worten, Rechtsfähigkeit besitze. Wem die Rechtsfähigkeit mangelt, kann auch nicht durch Mittelspersonen in rechtsgeschäftlichen Verkehr treten: ein nicht rechtsfähiger Verein beispielsweise ist als solcher überhaupt nicht im stande, einen Vertreter zu bestellen.[69])

Der Bestellte kann immer nur Vertreter der einzelnen Mitglieder des Vereins sein, und eine Vertragsofferte oder sonstige empfangsbedürftige Willenserklärung kann immer nur für die

---

[69]) **Vgl. hierzu und zum folgenden Endemann Seite 341.**

einzelnen Mitglieder desselben Wirksamkeit haben. Und wenn es in der erkennbaren Absicht des Erklärenden liegt, nur dem Verein selbst, nicht den einzelnen Mitgliedern desselben gegenüber berechtigt und verpflichtet zu werden, vielleicht in der irrigen Annahme, dass der Verein Rechtsfähigkeit besitze, so ist die dem Vertreter der einzelnen Mitglieder gegenüber abgegebene Willenserklärung nichtig, da Mangel der Rechtsfähigkeit jede Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr ausschliesst, und die durch Abgabe der Erklärung seitens des Erklärenden beabsichtigten Rechtswirkungen nach den Normen des objektiven Rechts überhaupt nicht eintreten konnten. —

Was endlich den dritten Beteiligten, also den Erklärenden, anlangt, so müssen in seiner Person die gewöhnlichen Voraussetzungen vorhanden sein, die die Rechtsordnung an die Begründung einer rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeit knüpft. Die Thatsache, dass die Willenserklärung nicht direkt gegenüber dem Beteiligten, sondern gegenüber seinem Vertreter erfolgt, ist hierfür irrelevant. Es wird also im allgemeinen volle Geschäftsfähigkeit seinerseits zu verlangen sein, bezw. bei beschränkter Geschäftsfähigkeit Einwilligung oder Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters; es sei denn, dass das Gesetz ausnahmsweise auch ohne dies die Willenserklärung eines beschränkt Geschäftsfähigen voll wirksam sein lässt.[70])

§ 12.

Während regelmässig von einer Vertretung nur die Rede sein kann bei dem Vorhandensein und dem Zusammenwirken dieser drei Beteiligten, kann es ausnahmsweise vorkommen, dass eine dieser Personen die Rolle von zweien in sich vereinigt, dass also, wo es sich um die passive Seite der Vertretung handelt, der Erklärende und der Vertreter-Erklärungsempfänger identisch sind.

Man kann zweifeln und es ist auch gemeinrechtlich sehr bestritten gewesen, ob die Vereinigung der Funktionen zweier Personen in einer einzigen überhaupt logisch möglich sei und

---

([70] z. B. B.G.B. §§ 112, 113, auch 107.

nicht dem Wesen des Rechtsgeschäfts widerspreche. Jedoch ist diese letztere Frage — dies entspricht der herrschenden Auffassung der modernen Litteratur und ist auch der Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuchs — entschieden zu verneinen. Da die Wirkungen der Vertretung allein den Vertretenen treffen, und der Vertreter von ihnen ganz unberührt bleibt, mit Rücksicht auf den beabsichtigten Rechtserfolg infolgedessen die Person des Vertreters rechtlich überhaupt nicht existiert, so ist nicht einzusehen, inwiefern ein solches „Selbstkontrahieren" logisch unmöglich und mit dem Wesen des Rechtsgeschäfts unvereinbar sein sollte.[71])

Eine ganz andere Frage ist die, wie sich die Rechtsordnung zu einer solchen Vereinigung der Rolle eines Erklärungsempfängers mit der des Erklärenden zu verhalten hat, ob sie dieselbe begünstigen oder wenigstens zulassen darf. Da ist zu sagen, dass die Zulassung eines solchen „Selbstkontrahierens" in vollem Umfange äusserst bedenklich ist, da die Gefahr einer Interessenkollision naturgemäss sehr nahe liegt. Diese Erwägungen haben das Bürgerliche Gesetzbuch veranlasst, die Zulässigkeit auf zwei Fälle zu beschränken, in denen diese Gefahr des Interessengegensatzes nicht zu befürchten ist, oder wenigstens die Rechtsordnung kein Interesse daran haben kann, sie zu verhüten.[72]) Für uns kommt nur der eine Fall in Betracht, dass der Vertretene seinem passiven Vertreter das Selbstkontrahieren ausdrücklich gestattet hat. Wenn hier durch Missbrauch eine Benachteiligung des Vertretenen entsteht, so ist es seine eigene Schuld: mag er doch bei der Gestattung des Selbstkontrahierens vorsichtiger zu Werke gehen. Es ist in solchem Falle also zulässig, dass beispielsweise der Schuldner einer fälligen Forderung, der selbst eine gleichartige, fällige Gegenforderung gegen den Gläubiger hat, sich selbst gegenüber als Vertreter des Gläubigers die Aufrechnungserklärung abgiebt, was das sofortige Erlöschen beider Forderungen zur Folge hat.[73])

---

[71]) Hierfür sprechen auch schon die Quellen des römischen Rechts, z. B. l. 9 §§ 5, 7 D. 26, 7.

[72]) B.G.B. §§ 181, 1795, 1630.

[73]) B.G.B. §§ 387 ff.

Voraussetzung ist dabei natürlich, dass eine solche Empfangnahme in den Grenzen seiner Vertretungsmacht liegt.

Das Rechtsgeschäft darf sich auch nicht bloss im Innern des Betreffenden abspielen, sondern muss in irgend welcher Weise erkennbar an die Aussenwelt treten, z. B. durch Eintragung in Geschäftsbücher oder Erklärung vor Zeugen.

Dieses rein äusserliche Argument hat die herrschende Meinung in der Litteratur veranlasst, in solchem Selbstkontrahieren eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung zu erblicken.[74]) Doch ist es unerfindlich, weshalb durch die blosse Thatsache der Vereinigung der Rollen zweier Personen in einer einzigen sich der Charakter der Willenserklärung ändern sollte. Hier fällt nur die Erklärung mit dem Empfange in einem einzigen Augenblick zusammen: in dem Momente, wo die Willenserklärung in die äussere Erscheinung tritt, ist sie auch von dem Vertreter empfangen.

Wenn das Gesetz die Wirksamkeit einer Willenserklärung ausdrücklich von der Adressierung an einen bestimmten Adressaten und dem Empfange seitens desselben abhängig macht, wie z. B. die Aufrechnungserklärung, hiesse es nicht mehr das Gesetz interpretieren, sondern korrigieren, falls man willkürlich im Einzelfall die Willenserklärung zu einer nicht empfangsbedürftigen stempeln wollte.

Da das Gesetzbuch von der logischen Möglichkeit des Selbstkontrahierens ausgeht, so ist die Frage nach der Wirkung eines solchen Kontrahierens ohne Erlaubnis des Vertretenen unseres Erachtens mit Enneccerus, allerdings im Gegensatz zu der herrschenden Ansicht, dahin zu beantworten, dass ein solches Rechtsgeschäft nicht nichtig, sondern allein nach den Grundsätzen der Vertretung ohne Vertretungsmacht zu behandeln sei, da die Unwirksamkeit doch ihren Grund hat in dem Mangel der Erlaubnis seitens des Vertretenen, die Vertretung auch für solche Rechtsgeschäfte auszuüben;[75]) mithin kann ein solches

---

[74]) z. B. Endemann Seite 345.

[75]) Enneccerus Seite 223, ebenso Hölder zu § 181. A. M. Planck zu § 181, Endemann Seite 344, Zitelmann B.G.B. Seite 118.

Rechtsgeschäft durch nachträgliche Genehmigung noch volle Wirksamkeit erlangen.

Gegenüber diesem Ergebnis, das auch den Erfordernissen des praktischen Lebens entspricht, kann die Stütze der Gegner, das Wörtchen: „kann nicht“ in § 181 nicht in Betracht kommen. Es wird auch hier Enneccerus beizupflichten sein, wenn er darauf hinweist, „dass der Mangel der Vertretungsmacht nicht nur das Dürfen, sondern auch das Können einschränke.“[76]) Wenn also z. B. der Vizewirt eines Hauses, der selbst eine Wohnung in demselben inne hat, sich selbst, als Vertreter des Hauswirts, gegenüber die Kündigungserklärung abgiebt, und ihm ein solches nicht ausdrücklich gestattet ist, ist die Kündigung nicht nichtig, sondern kann durch nachträgliche Genehmigung des Hauswirts Wirksamkeit erlangen. Wusste der Vizewirt, dass ihm ein solches Recht nicht zustand, so ist er, nach den Grundsätzen der Vertretung ohne Vertretungsmacht, bis zur Erteilung der Genehmigung seitens des Hauswirts, bezw. der Verweigerung desselben nicht zum einseitigen Rücktritt berechtigt, sondern solange gebunden. Da zur Wirksamkeit des Selbstkontrahierens überhaupt ein kontrollierbarer Vorgang erforderlich ist, wird der Selbstkontrahent dasselbe auch nicht zu seinen Gunsten verheimlichen können. —

§ 13.

Wie so einerseits die Zahl der Beteiligten beschränkt sein kann, ist es andrerseits auch möglich — und das wird in der Praxis weit häufiger vorkommen —, dass auf der einen oder andern Seite eine Mehrheit von Personen beteiligt ist, so dass hier das Zusammenwirken der Personengruppen Voraussetzung des Eintritts der beabsichtigten Rechtswirkungen ist. Der erste Fall, dass die Erklärung seitens mehrerer Personen gegenüber dem Vertreter des Gegners erfolgt, bietet weiter keine Besonderheiten. Auch für den Fall, dass mehrere Personen einen gemeinsamen Vertreter bestellt haben, damit dieser für sie Willenserklärungen in Empfang nehme, die sonst gegenüber jedem

---

[76]) **Enneccerus Seite 223.**

Einzelnen von ihnen abzugeben wären, enthält das Gesetz keine besonderen Bestimmungen. Zu verweisen ist jedoch auf die Vorschrift des Handelsgesetzbuchs, wonach mehrere Erben eines Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft einen gemeinsamen Vertreter zum Liquidator zu bestellen haben,[77]) derselbe mithin auch berechtigt und verpflichtet ist, empfangsbedürftige Willenserklärungen für die Erben entgegenzunehmen. Bestimmungen, wie sie das A.L.R. I 13 § 210 ff. enthielt, erübrigen, da sie nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden sind und auch nicht die Vertretung selbst, sondern das ihr zu Grunde liegende Rechtsverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenen treffen. — Die Rechtswirkungen treten in solchem Falle natürlich unmittelbar mit Empfang der Erklärung seitens des Vertreters für alle Vertretenen ein. Ist für die Beurteilung der Willenserklärung, in deren Empfange vertreten wird, die Weisung, die der Vertreter von dem Vertretenen erhalten hat, von Bedeutung,[78]) so genügt die Instruktion seitens eines Vertretenen, um etwaige Rechte für den Erklärenden zu begründen.

Inwieweit der Vertreter mehrerer Personen berechtigt ist, als Vertreter des einen, sich selbst gegenüber als Vertreter des andern eine empfangsbedürftige Willenserklärung abzugeben, ist nach den im vorigen Paragraphen angegebenen Grundsätzen zu beurteilen.[79])

Wie sich die Rechtsverhältnisse in dem letzten Falle endlich stellen, der manche interessante Einzelheiten bietet, in welcher Weise also die Abgabe von Willenserklärungen gegenüber einer Vertretermehrheit, bezw. der Empfang seitens derselben zu erfolgen habe, werden wir unten gesondert zu betrachten haben.

2. Das Empfangen in fremdem Namen.

§ 14.

Damit die Rechtswirkungen der einem Vertreter gegenüber abgegebenen Willenserklärung, wie beabsichtigt, unmittelbar in

[77]) H.G.B. § 146 Abs. 1 Satz 2.

[78]) B.G.B. § 166 $_2$, vgl. § 23 des Textes.

[79]) Vgl. dazu: Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Band 7 Seite 119 ff. (I. Civils. vom 18. Oktober 1882).

der Person des Vertretenen eintreten, ist nach dem Thatbestand des § 164 3 u. 1 erforderlich, dass die empfangsbedürftige Willenserklärung in fremdem Namen empfangen werde. Was bedeutet das?

Wo es sich um die Abgabe von Willenserklärungen handelt, muss der Vertreter zu erkennen geben, dass die Erklärung eben in seiner Eigenschaft als Vertreter erfolge.

Anders bei der passiven Vertretung, da hier der Vertreter nicht aktiv hervortritt, keine Erklärung abgiebt, sondern nur eine solche empfängt. Es wird hier mithin das Hauptgewicht nicht in die Person des Vertreters, sondern in die des Dritten, des Erklärenden, zu legen sein. Derselbe muss bei Abgabe der Erklärung erkennbar machen, dass die Erklärung nicht für den Erklärungsempfänger, sondern für den durch ihn Vertretenen Wirksamkeit haben solle. Das Gesetz spricht dies zwar nicht ausdrücklich aus; es gebietet nur analoge Anwendung des Abs. 1 § 164 auf Abs. 3; jedoch besagt die *ratio legis*, dass dies und nichts anderes unter „entsprechender Anwendung“ zu verstehen sei.

Wie bei der aktiven Stellvertretung, ist es nicht notwendig, dass der Erklärende seine diesbezügliche Absicht ausdrücklich kundgebe; es genügt, wenn sie nur aus den Umständen erhellt. Wenn ich, um ein Beispiel aus der Vertretungslehre selbst zu nehmen, gegenüber dem Vertreter des von mir Bevollmächtigten die Vollmachtserteilung widerrufe, so ergiebt sich schon ohne weiteres aus den Umständen, dass die Erklärung ihm nur in seiner Eigenschaft als Vertreter abgegeben werde, da eben nicht er, sondern der von ihm Vertretene mein Bevollmächtigter ist. Ebenso können die Verhältnisse auch bei Vertragsschlüssen liegen: wenn ich dem Prokuristen eines Kaufmanns eine Offerte mache, während der Geschäftsstunden im Kontor oder auch schriftlich, sofern ich schon öfter mit ihm in dieser Eigenschaft zu thun gehabt habe, so ergeben auch ohne ausdrückliche Erklärung meinerseits die Umstände, dass die Wirkungen meiner Erklärung den Prinzipal treffen sollen.

Die diesbezüglichen Vorschriften des alten Handelsgesetzbuchs hinsichtlich der Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten, Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft sowie des Vorstandes

der Aktiengesellschaften,[80]) hat das neue Handelsgesetzbuch als selbstverständlich, als zwingende Folgerung aus § 164 B.G.B., weggelassen. Heute finden wir den Satz nur noch ausdrücklich ausgesprochen für die Rechtsgeschäfte des Geschäftsführers der Gesellschaft mit beschränkter Haftung,[81]) sowie des Vorstandes der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.[82]) Freilich ist hier nur von Vornahme von Rechtsgeschäften die Rede; darin ist aber schon enthalten die Empfangnahme rechtsgeschäftlicher empfangsbedürftiger Willenserklärungen.

Eine Sondervorschrift gilt noch für die Willenserklärungen, die der Ehefrau im Rahmen ihrer Schlüsselgewalt zugehen.[83]) Hier gelten die Erklärungen ohne weiteres, ohne dass dies bei Abgabe der Erklärung irgendwie hervorgetreten zu sein braucht, wenn nicht ausdrücklich das Gegenteil erklärt wurde, als gegenüber der Ehefrau in Vertretung des Mannes abgegeben. Wer irgend welche Rechte aus der gegenteiligen Thatsache herleiten wollte, hätte zu beweisen, dass ein solches aus den Umständen bei Abgabe der Erklärung sich ergeben habe.[84])

Es besteht mithin eine gesetzliche Praesumtion, dass die Ehefrau im Rahmen ihrer Schlüsselgewalt alle Willenserklärungen nur in Vertretung des Mannes abgebe und empfange.[85])

Die Absicht des Erklärenden, den Erklärungsempfänger nur als Vertreter eines andern zu betrachten, muss also für den Empfänger erkennbar sein oder wird wenigstens nach den Normen des objektiven Rechts für ihn erkennbar sein müssen.

Wie nun aber, wenn der Erklärung die hiernach erforderliche Erkennbarkeit fehlt? Welchen Einfluss hat dies auf das beabsichtigte Rechtsgeschäft?

---

[80]) **Altes H.G.B. Art. 52_2, 114_2, 230.**

[81]) **Gesetz, betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892. § 36.**

[82]) **Gesetz, betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889. § 24.**

[83]) **B.G.B. § 1357.**

[84]) **So auch Biermann Seite 94, Zitelmann B.G.B. Seite 119 α β γ.**

[85]) **Die Behauptung Rehbeins, Seite 253, dass im B.G.B. eine gesetzliche Vermutung, dass jemand als Vertreter eines andern gehandelt habe, nicht bestehe, ist also insoweit unrichtig.**

Für die aktive Stellvertretung gilt der Satz, dass in einem solchen Falle der Mangel des Willens, in eigenem Namen zu handeln, ausser Betracht bleibt;[86]) d. h. also, dass der Erklärungsempfänger denjenigen, der als Kontrahent auftritt, auch allemal als wahren Kontrahenten betrachten kann, und dass divergierende Absichten des Erklärenden daher unberücksichtigt zu lassen sind.

Was aber von der aktiven Vertretung gilt, ist hier nicht anwendbar auf die passive Seite derselben: § 164 Abs. 3 nimmt ausdrücklich nur auf Abs. 1, nicht auf Abs. 2, Bezug. Man wird daher nicht Hölder folgen dürfen, wenn er sagt:[87]) „Der entsprechenden Anwendung ist aber ebenso fähig die Vorschrift des Abs. 2, so dass eine Erklärung, die an ihren Empfänger nicht ersichtlich in seiner Eigenschaft als Vertreter eines andern gerichtet ist, die Bedeutung einer ihm für seine eigene Person zugehenden hat.“ *De lege ferenda* mag ja diese Bestimmung des Abs. 3 der entsprechenden Anwendung fähig sein; aber dies, wie Hölder es thut, auch für die *lex lata* zu behaupten, heisst sich in direkten Widerspruch mit den Vorschriften des Gesetzbuchs setzen.

Da das Gesetz über diesen Fall keine besonderen Bestimmungen enthält, haben eben allgemeine Grundsätze Platz zu greifen.

Praktisch können solche Fälle übrigens wohl regelmässig nur bei Vertragsofferten werden, indem der Erklärungsempfänger sich selbst durch dieselbe für berechtigt hält, während sie in Wahrheit dem von ihm Vertretenen gilt.

Denkbar ist ein solcher Fall jedoch auch bei einseitigen Rechtsgeschäften: wenn z. B. der Vertreter des Mieters, der in demselben Hause wie dieser wohnt, vom Hauswirt eine Kündigungserklärung erhält, die er als sich selbst gegenüber abgegeben betrachtet, während der Hauswirt in Wahrheit nur dem von ihm Vertretenen die Kündigung erklären wollte. Welche allgemeinen Grundsätze greifen da nun Platz? Ein Beispiel wird uns das am besten klar machen: wenn *A* dem *B* eine Dynamomaschine

---

[86]) B.G.B. § 164_2.

[87]) **Hölder Seite 359.**

anbieten will und die Offerte an den *C* richtet, ohne jedoch deutlich erkennbar zu machen, dass er den *C* nur als Vertreter des *B* in Anspruch nehme, und *C* dies auch nicht erkennt, so befindet *A* sich doch sicherlich im Irrtum über den Inhalt seiner Erklärung, indem er sich eben gegenüber einer ganz andern Person verbinden will, als es thatsächlich der Fall ist; man wird ihm daher zweifellos ein Anfechtungsrecht gemäss § 119 B.G.B. zuerkennen müssen. Wenn Cosack[88]) und Crome[89]) aus der Unanwendbarkeit des § 164 Abs. 2 auf Abs. 3 den Schluss ziehen, dass in solchem Falle dem Empfänger ein Wahlrecht zustehe, ob er sich als Selbstpartei oder Vertreter des andern betrachten wolle, so ist das nur in beschränktem Masse zutreffend.

Ist der Empfänger trotz der Nichterkennbarkeit bei Abgabe der Erklärung damit einverstanden, nur in der Eigenschaft eines Vertreters empfangen zu haben, so ist der Erklärende an die Erklärung gebunden; denn die nunmehr entstehende Verpflichtung entsprach ja seinem Willen bei Abgabe der Erklärung; und insofern wird man vielleicht von einem Wahlrecht des Empfängers reden können. Beharrt jedoch der Empfänger darauf — und das ist gerade das Entscheidende —, selbst durch die Offerte berechtigt zu sein, so kann der Erklärende von seinem Anfechtungsrechte Gebrauch machen und damit die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts vernichten. Wollte man, mit Cosack und Crome, die Entscheidung vollkommen in das Belieben des Empfängers stellen, so dass der Erklärende in jedem Falle an dieselbe gebunden sei, so würde das auf den Standpunkt Hölders hinauskommen: denn der richtigen Ansicht nach begründet bei der aktiven Vertretung die Vorschrift, dass der Mangel des eigenen Willens nicht in Betracht komme, nur ein Recht, nicht eine Pflicht des Empfängers. Es steht stets in seinem Belieben, den Erklärenden, dessen Absicht entsprechend, nur als Vertreter zu betrachten, „vorausgesetzt, dass der Vertretene damit einverstanden ist.“[90])

---

[88]) Cosack Seite 218.

[89]) Crome Seite 453.

[90]) So auch Rehbein Seite 252.

Man kann dieser Auffassung nicht entgegenhalten, dass auf solche Weise der Willkür Thür und Thor geöffnet werde, und ein grosser Missbrauch zu befürchten sei, indem jeder Antragsteller, dem nachträglich seine Erklärung leid thue, einfach behaupten könnte, den Empfänger nur als Vertreter eines andern betrachtet zu haben. Es ist zu bedenken: wenn der Erklärende ganz deutlich den Adressaten als Selbstpartei angeredet hat, wenn nicht die geringsten Anhaltspunkte für etwas Gegenteiliges vorhanden sind, wenn insbesondere der Erklärende durch nichts seine diesbezügliche Behauptung beweisen kann, dann wird die Vermutung für Mentalreservation im Sinne des § 116 sprechen, die Willenserklärung mithin unanfechtbar sein.

Von praktischer Bedeutung können vielmehr nur die Fälle werden, in welchen die Ausdrucksweise des Erklärenden unklar und verschiedener Deutung fähig ist, so dass der Empfänger sie in einem andern Sinne auffasst als der Erklärende selbst. Zur Illustration sei ein besonders charakteristisches Beispiel aus eigener schmerzlicher Erfahrung angeführt: wie alljährlich, wollte ich auch im vorigen Jahre die Sommerferien in dem bei meiner Vaterstadt gelegenen Badeorte Zoppot zubringen. Da erfahrungsgemäss die Hotels in der Hochsaison sehr besetzt sind, schrieb ich bereits drei Tage vorher an den mir persönlich bekannten Geschäftsführer eines dortigen Hotels, und zwar, da ich ihn genauer kenne, nur an seine Adresse, etwa folgendes: „Bitte mir freundlichst zum xten August ein Zimmer zum Preise von ..... reservieren zu wollen“. Nun hatte, was mir unbekannt war, der Geschäftsführer auch selbst in seinem, etwa eine halbe Stunde von Zoppot abgelegenen Hause einige möblierte Zimmer zu vermieten, kurz und gut — ob er *bona fide* war, lässt sich nicht feststellen; er behauptete es wenigstens, also wollen wir es präsumieren — er hatte geglaubt, die Offerte sei an ihn persönlich gerichtet, und mir nun bei sich ein — beiläufig bemerkt recht primitives — Zimmer reserviert. — In diesem Falle stand mir entschieden ein Anfechtungsrecht meiner Erklärung zu; denn „bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles“ hätte ich mir niemals ein Zimmer bestellt, das mich noch um Mitternacht (der Zug kam um $11\,^3/_4$ Uhr dort an)

zwang, mit Gepäck beladen — nach 10 Uhr abends sind auf dem Zoppoter Bahnhof nur unter den grössten Schwierigkeiten Gepäckträger aufzutreiben —, einen Spaziergang von einer halben Wegstunde zurückzulegen. Nach Hölders, Cromes und Cosacks Ansicht würde man hier zu dem unbilligen Ergebnis kommen, dass der Geschäftsführer vollkommen berechtigt gewesen sei, sich als Selbstpartei zu betrachten, und ich ihm daher auch den Preis für das reservierte Zimmer hätte zahlen müssen.

In gleichem Sinne ist unseres Erachtens auch der von Cosack[91]) herangezogene Fall zu entscheiden: „*A* schreibt dem Physikprofessor *B:* Für Ihr Institut biete ich Ihnen einen Ruhmkorffschen Funkeninduktor zum Preise von ..... an". — Auch hier ist zu entscheiden, dass, wenn *A* das Angebot dem Professor nur als dem Vertreter des Instituts machen wollte, der Professor aber sich selbst zur Annahme berechtigt hielt, *A* anfechtungsberechtigt sei, und nicht Cosack beizustimmen, wenn er sagt: „Nach eigener Wahl kann *B* das Angebot in eigenem Namen oder als Vertreter des Instituts annehmen".[92])

Um übrigens der Wahrheit die Ehre zu geben, will ich nicht verhehlen, dass ich in dem oben angeführten Falle von meinem Anfechtungsrecht nicht Gebrauch gemacht habe, erstens, weil mein juristisches Wissen damals noch nicht zu dieser Erkenntnis ausreichte, und vor allem, weil mich die *urguens necessitas* zwang, um nicht auf freiem Felde zu kampieren — in den Hotels waren natürlich alle Zimmer besetzt — von dem mir reservierten Zimmer Gebrauch zu machen. Es ist überhaupt ein alter Erfahrungssatz, dass die Dinge im praktischen Leben ein ganz andres Aussehen gewinnen, als wenn man sie mit der Lupe des Theoretikers betrachtet.

§ 15.

Wenn somit das Hauptgewicht auf die Erkennbarkeit bei Abgabe der Erklärung, dass dieselbe für den Vertretenen gelten

---

[91]) Cosack Seite 218.

[92]) Im Sinne des Textes auch Matthiass Seite 237, Kaufmann Seite 164.

solle, zu legen ist, so ist deshalb jedoch nicht hierfür die Person des Vertreters völlig irrevelant. Damit die mir gegenüber als Vertreter eines andern abgegebene Erklärung in ihrer Wirkung diesen andern treffen solle, ist weiter erforderlich, dass ich den Willen habe, diesen andern zu vertreten. Fehlt mir dieser Wille, so kann von einer wirksamen Vertretung keine Rede sein; denn sonst könnte ja im Einzelfall jedem wider seinen Willen die Rolle eines Vertreters aufgebürdet werden. Freilich ist zu betonen, dass da, wo der Erklärende die Erklärung erkennbar für den Vertreter abgiebt, und ich ausserdem zu dem Vertretenen in einem Rechtsverhältnis stehe, das mich verpflichtet oder auch nur berechtigt, für denselben Willenserklärungen in Empfang zu nehmen, mein Schweigen als Zustimmung anzusehen wäre und ich mich nicht auf den Mangel meines Vertretungswillens berufen kann; denn es wäre meine Pflicht gewesen, den Erklärenden sofort davon zu verständigen, dass ich in diesem Falle nicht als Vertreter funktionieren wolle. Ein nachträgliches Leugnen des Vertretungswillens wäre als *dolus* zu betrachten: *„dolus pro facto est“*, und ferner *„qui tacet, ubi loqui potuit ac debuit, consentire videtur“*. —

Wie aber, wenn der Vertreter sich ausdrücklich weigert, in dem betreffenden Falle von seiner Vertretungsbefugnis Gebrauch zu machen? Kann der Erklärende trotzdem mit Wirksamkeit die empfangsbedürftige Willenserklärung an ihn abgeben? Wer erklärt, nicht Vertreter sein zu wollen, kann auch keinen Vertretungswillen haben. Das Gesetzbuch lässt uns bei der Beantwortung dieser schwierigen Frage völlig im Stich. Die Motive bemerken nur, dass die Entscheidung darüber der Doktrin und Praxis überlassen werden müsse:[93]) „ob gegenüber dem Vertreter ein Rechtsgeschäft mit Wirksamkeit gegen den Vertretenen vorgenommen werden kann, wenn der Vertreter ablehnt, von der Vertretungsbefugnis für den betreffenden Fall Gebrauch zu machen, bezw. ob der Vertreter im Einzelfall zu solcher Ablehnung berechtigt ist, darf der Entscheidung durch Doktrin und Praxis überlassen werden.“

---

[93]) **Motive I, Seite 226.**

Unseres Erachtens ist bei der Beantwortung dieser Frage ein prinzipieller Unterschied zwischen den Fällen zu machen, in welchen der Vertreter eine Verpflichtung zur Vertretung übernommen hat, und solchen, bei denen eine Verpflichtung nicht vorliegt.

Eine Verpflichtung zur Vertretung hat stets der gesetzliche Vertreter, z. B. der Vater, Vormund, Pfleger u. a. m.; aber auch der gewillkürte Vertreter wird regelmässig eine Verpflichtung zur Vertretung übernommen haben infolge des der Vollmacht zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses, z. B. eines Auftrags, wenn es auch hier nicht notwendig der Fall ist.

Wer also kraft Amts, Auftrags oder eines sonstigen Rechtsverhältnisses zur Empfangnahme von Erklärungen für einen andern verpflichtet ist, darf unseres Erachtens im Einzelfall nicht ablehnen, von seiner Vertretungsbefugnis Gebrauch machen zu wollen: und erfolgt die Ablehnung dennoch, so ist sie wirkungslos. Hier hat der Vertreter durch die Uebernahme der Verpflichtung seine Bereitwilligkeit erklärt, sämtliche ihm zugehenden, für den Vertretenen berechneten Willenserklärungen für denselben in Empfang zu nehmen und damit seinen Vertretungswillen für alle vorkommenden Fälle während des Bestehens seiner Verpflichtung kundgegeben, bezw. in den Fällen, wo die Vertretungsmacht unmittelbar einem natürlichen Verhältnisse entspringt, wie z. B. die Vertretung des Kindes durch den Vater, resp. die Mutter, hat die Rechtsordnung dem Vertreter die Pflicht zum Vorhandensein des Vertretungswillens auferlegt und ergänzt nötigenfalls den fehlenden Willen. — Der Erklärende braucht sich eine solche Weigerung des Vertreters nicht gefallen zu lassen und kann trotzdem mit Wirksamkeit für den Vertretenen ihm gegenüber die Erklärung abgeben, da der erforderliche Vertretungswille, wenn auch nicht direkt vorhanden, so doch auf Grund der bestehenden Verpflichtung als vorhanden zu fingieren ist.

Schwieriger liegt der Fall, wenn eine solche Verpflichtung nicht besteht, wenn der Vertreter vielleicht nur die Befugnis zur Vertretung erhalten hat, ohne damit eine Verpflichtung übernommen zu haben. Die Vollmacht — um eine solche kann es

sich hier nur handeln — ist ein abstraktes Rechtsgeschäft; aus ihrer Erteilung erwächst dem Vertreter nur eine Berechtigung, nicht eine Verpflichtung zur Vertretung. Was hat es nun zur Folge, wenn eine in dieser Weise zur Vertretung nur berechtigte, nicht verpflichtete Person sich im Einzelfall weigert, für den Vertretenen eine Willenserklärung in Empfang zu nehmen?

Das Allgemeine Landrecht enthielt darüber, bezüglich der aktiven Vertretung, eine Bestimmung dahin gehend, dass der Bevollmächtigte in Abwesenheit des Machtgebers zu Handlungen, zu denen ihn seine Bestellung berechtigte, angehalten werden könne.[94])

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält eine solche Bestimmung nicht, und mit Recht erklären auch die Motive[95]) eine Vorschrift, wie sie das Allgemeine Landrecht hat, für nicht am Platze. Damit würde das Recht zur Vertretung sich von selbst in eine Pflicht dazu umwandeln, und es läge darin ein ganz unbegründetes, ungerechtfertigtes Eingreifen des Staats in die Rechtssphäre des Einzelnen, indem sie ihn zu einer Thätigkeit zwingen wollte, die auf sich zu nehmen er gar nicht verpflichtet wäre. Mag doch der Vertretene in der Auswahl seiner Vertreter vorsichtiger zu Werke gehen und ihnen insbesondere durch Begründung eines obligatorischen Rechtsverhältnisses die Pflicht zur Vertretung auferlegen! Unseres Erachtens kann, wenn der Vertreter zur Empfangnahme zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet ist und ausdrücklich erklärt, von der ihm zustehenden Befugnis nicht Gebrauch zu machen, nicht Vertreter sein zu wollen, von einer Vertretung keine Rede sein.

Wer weder Vertreter sein muss, noch es sein will, ist eben nicht Vertreter.

Nicht im Widerspruch stehen damit die Bestimmungen des Gesetzes, wonach die Vollmacht, die durch Erklärung gegenüber einem Dritten erteilt ist,[96]) oder deren Erklärung diesem

---

[94]) A.L.R. I 13, § 157.
[95]) Motive I, Seite 226.
[96]) B.G.B. § 170.

Dritten besonders mitgeteilt ist,[97]) dem Dritten gegenüber solange in Kraft bleibt, bis ihm das Erlöschen von dem Vollmachtgeber angezeigt, bezw. bis die Kundgebung in derselben Weise, wie sie erfolgt ist, widerrufen wird. Das besagt und kann weiter nichts besagen — auf die passive Vertretung angewandt —, dass der Erklärende auf den sofortigen Eintritt der beabsichtigten Rechtswirkungen mit Abgabe der Erklärung vertrauen könne; es besagt jedoch nicht etwa, dass der Vertreter verpflichtet sei, in solchem Falle von seiner Vertretungsbefugnis Gebrauch zu machen. Wo kein Wille, da auch kein Vertreter. Der Vertreter existiert hier rechtlich als solcher überhaupt nicht. Nur die Rechtswirkungen sollen unter den angegebenen Voraussetzungen während der Dauer der Vertretungsmacht unmittelbar mit der Abgabe der Erklärung gegenüber dem Vertreter trotz seiner Ablehnung eintreten.

Das so entstehende Rechtsverhältnis ist nur fiktiv zu konstruieren: Adressat und Empfänger der Willenserklärung ist hier einzig und allein der Vollmachtgeber, und zwar gilt ihm die Erklärung in dem Augenblicke als zugegangen, wo sie dem — Quasi-Vertreter, wenn man so sagen darf, abgegeben wurde, weil er sie mit diesem Augenblicke als ihm zugegangen betrachtet wissen wollte,[98]) oder es zum mindesten für den Fall wollte, bezw. wollen musste, dass der Vertreter sich weigerte, von der ihm zustehenden Vertretungsbefugnis Gebrauch zu machen.

Diese Regelung entspricht auch durchaus der Billigkeit. Die rechtliche Situation des Erklärenden wird durch die Ablehnung des Vertreters keine schlechtere. Nur für den Vertretenen kann die Sache unter Umständen bedenklich werden, indem er beispielsweise eine Angelegenheit bei seinem Vertreter in guten Händen glaubt und von ihm seine Interessen gewahrt wähnt, während der Vertreter seine Vertretungsbefugnis einfach ignoriert, und so der Vertretene von der für ihn eingetretenen Veränderung der Rechtslage vielleicht überhaupt keine Kenntnis erhält. Das ist aber seine eigene Schuld: er hätte sich ja durch

[97]) B.G.B. § 171.

[98]) Vgl. § 4 des Textes.

geeignete Vorsichtsmassregeln vor solchen Gefahren schützen können.

Was endlich noch den Fall anbetrifft, dass die Vertretungsmacht gar nicht existiert oder bereits erloschen ist und der Quasi-Vertreter unter Hinweis hierauf es ablehnt, als passiver Vertreter zu fungieren, so ist hier eine dennoch ihm gegenüber in seiner Eigenschaft als Vertreter abgegebene Erklärung wirkungslos, auch in den Fällen der §§ 170, 1, da die Vorschriften dieser Paragraphen keine Anwendung finden, wenn der Dritte das Erlöschen der Vertretungsmacht bei Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt:[99]) und hier hat er ja davon durch den angeblichen Vertreter selber Kenntnis erlangt.

Es wird dabei keinen Unterschied machen, wenn der als Vertreter in Anspruch genommene nur die Vertretung ablehnt, ohne den Grund — das Erlöschen der Vertretungsmacht — anzugeben. In diesem Falle darf man wohl eine Pflicht des Erklärenden statuieren, nach dem Grunde der Weigerung zu fragen, und dann erlangt er eben auf diese Weise von dem Erlöschen Kenntnis. Erfüllt er diese Pflicht nicht, so kann das zu seinen Gunsten nicht in Betracht kommen, und schuldhaftes Nichtkennen steht hier dem Kennen gleich.[100])

Um das Ergebnis der beiden letzten Paragraphen noch einmal zusammenzufassen, so liegt unseres Erachtens ein rechtliches Empfangen einer empfangsbedürftigen Willenserklärung in fremdem Namen da und nur da vor, wo der Erklärende seine Absicht stillschweigend oder ausdrücklich zu erkennen giebt, dass die Erklärung so wirken solle, wie wenn sie von dem Vertretenen selbst empfangen würde, und wo dem Vertreter der auf Eintritt dieser Rechtswirkung gerichtete Wille, der Wille, als Vertreter zu funktionieren, eigen ist, oder, wo zur Deckung des Mangels dieses Willens die Rechtsordnung ergänzend eintritt.[101])

---

[99]) B.G.B. § 173.

[100]) B.G.B. § 173.

[101]) Im Resultat übereinstimmend, jedoch ohne nähere Begründung Matthiass Seite 237. A. M. Windscheid-Kipp Band 1, Seite 318, der nur die Erkennbarkeit bei Abgabe der Erklärung, nicht auch den Vertretungswillen für erforderlich hält.

3. Die empfangsbedürftige Willenserklärung, in deren Empfang die Vertretung stattfindet.

§ 16.

Wir kommen nunmehr zu dem Rechtsgeschäft selber, dessen Thatbestand die Willenserklärung bildet, in deren Empfang die Vertretung stattfindet. Da ist zu bemerken, dass im Bürgerlichen Gesetzbuch die Vertretung bei Rechtsgeschäften im Gegensatz zum römischen Rechte, das die Stellvertretung nur im Besitz, bei dinglichen Geschäften und der Erbschaftsantretung zuliess, entsprechend dem seit dem 17. Jahrhundert in Deutschland herrschend gewordenen Prinzipe, grundsätzlich überall statthaft ist; dies gilt natürlich in gleicher Weise von der passiven wie von der aktiven Seite der Vertretung. Nur wenige Geschäfte familien- und erbrechtlicher Natur sind ausgenommen, die einen persönlichen Entschluss erheischen oder doch persönliche Anwesenheit erfordern. Es handelt sich hier jedoch regelmässig nur um die aktive Seite der Vertretung. Die Vertretung im Empfang ist nur in ganz wenigen Fällen unzulässig, und zwar da, wo die empfangsbedürftigen Willenserklärungen den Thatbestand solcher Verträge bilden, bei deren Vornahme eine aktive Vertretung unstatthaft ist. Unzulässig ist danach nur die Vertretung im Empfang der Willenserklärungen im Thatbestande des Annahme- und Aufhebungsvertrages der Annahme an Kindesstatt,[102]) des Erbvertrages (hier aber nur bei der dem Erblasser gegenüber abgegebenen Willenserklärung),[103]) des Aufhebungsvertrages desselben,[104]) des Erbverzichtvertrages[105]) und des Aufhebungsvertrages desselben,[106]) soweit nicht auch in diesen Fällen, z. B. für den gesetzlichen Vertreter eines Geschäftsunfähigen, Ausnahmen statuiert sind. — Eine Sondervorschrift, wonach in gewissen Fällen die Vertretung im Empfang von empfangsbedürftigen Willenserklärungen ausdrücklich für unzulässig erklärt wird, wie

---

[102]) B.G.B. §§ 1750, 1770.
[103]) B.G.B. § 2274.
[104]) B.G.B. § 2290.
[105]) B.G.B. §§ 2347, 2352.
[106]) B.G.B. § 2351.

solches bei der aktiven Vertretung verschiedentlich bestimmt wird, kennt das Gesetz nicht. —

4. Vertretungsmacht zur passiven Vertretung.

§ 17.

Zur Wirksamkeit der passiven Vertretung gehört nach dem Thatbestande des § 164, 3, 1 endlich, dass der Vertreter im Rahmen der ihm zustehenden Vertretungsmacht die Willenserklärung für den Vertretenen empfange: besitzt er eine solche überhaupt nicht oder liegt in dem Empfange der Erklärung ein Ueberschreiten derselben, so kann die beabsichtigte Rechtswirkung nicht sofort mit dem Empfange der Erklärung eintreten.

Jedoch ist es zulässig, dass hier noch nachträglich durch Erteilung der Genehmigung seitens des Vertretenen, unter bestimmten Voraussetzungen, die Willenserklärung Wirksamkeit erlange, womit faktisch derselbe Rechtseffekt herbeigeführt wird, als wenn sie von dem Vertreter im Rahmen seiner Vertretungsmacht empfangen wäre.

Im übrigen werden wir die Vertretungsmacht, insbesondere was ihre Begründung, ihren Umfang und ihr Erlöschen anbetrifft, soweit es für die passive Vertretung von Bedeutung, im nächsten Teile ausführlicher zu behandeln und in § 23 auch auf den Ersatz der Vertretungsmacht, die Genehmigung, bei der Besprechung der passiven Vertretung ohne Vertretungsmacht, näher einzugehen haben. —

III. Die passive Vertretung kraft Vertretungsmacht.

§ 18.

Die Vertretungsmacht zum Empfange von empfangsbedürftigen Willenserklärungen kann, wie wir schon häufiger zu erwähnen Gelegenheit hatten, auf denselben Gründen beruhen, wie die Macht zur aktiven Vertretung. Man hat danach gesetzliche und gewillkürte passive Vertretung zu unterscheiden. Wer gesetzlicher Vertreter ist, kann, bezw. muss für den Vertretenen im Rahmen seiner Vertretungsmacht nicht nur Willenserklärungen

abgeben, sondern auch entgegennehmen. Denn wer eine Willenserklärung abzugeben nicht im stande ist, kann auch eine solche nicht empfangen, und wer berechtigt und verpflichtet ist, einen andern in der Abgabe von Erklärungen zu vertreten, ist es auch im Empfange. Es hiesse weit über den Rahmen unseres Themas hinausgehen, wenn wir auf die Begründung der Vertretung im einzelnen und die verschiedenen Streitfragen, die sich daran knüpfen, eingehen wollten. Das muss einer Darstellung der gesamten Vertretungslehre überlassen bleiben. Für die passive Seite der Vertretung kommt es natürlich auch in Betracht, da es aber gegenüber der aktiven Vertretung keine Besonderheiten bietet, werden wir nur ganz kurz insoweit darauf eingehen, als es für die Behandlung unserer Lehre von besonderer Wichtigkeit ist.

Die gesetzliche Vertretung wird stets unmittelbar durch Gesetzesvorschrift begründet: so vor allem die gesetzliche Vertretungsmacht des Inhabers der elterlichen Gewalt,[107]) der Ehefrau in Ausübung ihrer Schlüsselgewalt,[108]) sodann auch die Vertretungsmacht des Vormundes und Pflegers,[109]) des Beistandes der Mutter,[110]) wenn auch ihre Ernennung auf obrigkeitlicher Bestellung beruht: jedoch, und das ist zu beachten, wird ihnen nicht die Vertretungsmacht verliehen, sondern dieselbe tritt unmittelbar kraft Gesetzesvorschrift als Ausfluss ihres Amtes ein. Zu den gesetzlichen Vertretern kann man auch — es ist das im einzelnen alles äusserst bestritten[111]) — den Nachlassverwalter,[112]) den Konkursverwalter,[113]) den Testamentsvollstrecker[114]) und den Zwangsverwalter rechnen.

Gesetzliche Vertretungsmacht hat ferner der Gerichtsvollzieher, in einzelnen Fällen auch der Vertreter im Prozess.[115])

---

[107]) B.G.B. §§ 1627, 30.
[108]) B.G.B. § 1357.
[109]) B.G.B. §§ 1793 ff., 1915.
[110]) B.G.B. § 1693.
[111]) Vgl. hierzu und zum folgenden Biermann Seite 99 ff.
[112]) B.G.B. § 1984.
[113]) K.O. § 6.
[114]) B.G.B. §§ 2197 ff.
[115]) Vgl. z. B. C.P.O. §§ 57, 679 $_3$, 686.

In Betracht kommt hier auch die gesetzliche Vertretungsbefugnis des See-[116]) und Binnenschiffers,[117]) sowie des Korrespondentrheders.[118]) Die Stellung von gesetzlichen Vertretern giebt das Gesetz dem Vorstande der juristischen Personen, durch den ihre mangelnde Handlungsfähigkeit ersetzt wird; vor allem dem Vorstande der rechtsfähigen Vereine und Stiftungen,[119]) durch den sie lebendig in Verkehr treten, ebenso dem zuständigen Organe des Reichs, Bundesstaats oder Kommunalverbandes.

Gesetzliche Vertretungsmacht haben auch die Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft,[120]) die persönlich haftenden Gesellschafter der Kommanditgesellschaft,[121]) sowie der Kommanditgesellschaft auf Aktien:[122]) insofern das Gesetz an die Mitgliedschaft einer Gesellschaft unmittelbar die Vertretungsbefugnis der Gesellschafter knüpft, ist ihre Vertretungsbefugnis eine gesetzliche.

Das Gleiche gilt von dem Vorstande der Aktiengesellschaften,[123]) der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften,[124]) und den Geschäftsführern der Gesellschaften mit beschränkter Haftung.[125])[126])

Alle diese gesetzlichen Vertreter haben also im Rahmen ihrer Vertretungsmacht für die von ihnen vertretene — juristische oder natürliche — Person Willenserklärungen in Empfang zu nehmen; vgl. z. B. C.P.O. § 171, wonach die Zustellungen, welche an eine Partei bewirkt werden sollen, für die nicht prozessfähigen Personen an die gesetzlichen Vertreter zu erfolgen haben. Wer beispielsweise einer Aktiengesellschaft eine Offerte machen will, kann dieselbe wirksam nur an den Vorstand derselben richten.

---

[116]) H.G.B. §§ 527—531.

[117]) Gesetz, betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt vom 15. Juni 1895 § 15.

[118]) H.G.B. §§ 493, 4.

[119]) B.G.B. §§ 26 ff., 86.

[120]) H.G.B. § 125.

[121]) H.G.B. § 301.

[122]) H.G.B. § 320.

[123]) H.G.B. § 231.

[124]) Gesetz, betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften § 24.

[125]) Gesetz, betr. die Ges. m. b. H. § 24.

[126]) Ueber einzelne abweichende Auffassungen vgl. Biermann l. c.

Ein besonderer Fall der gesetzlichen Vertretung bezüglich der Empfangnahme empfangsbedürftiger Willenserklärungen findet sich noch im H.G.B. § 86, 2.[127])

Von der gesetzlichen Vertretungsbefugnis zu trennen ist die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht — die Vollmacht. Ihre Erteilung beruht auf dem rechtsgeschäftlichen Willen des Vertretenen und kann mit Wirksamkeit nur zu solchen Rechtsgeschäften erfolgen, zu deren Vornahme bezw. Empfangnahme der Vertreter selbst rechtlich in der Lage ist. Grundsätzlich gilt auch hier der Satz, dass, wer zur Abgabe von Willenserklärungen berechtigt ist, im Rahmen seiner Vollmacht solche auch entgegennehmen kann, so dass hier regelmässig Abgabe und Empfang Hand in Hand gehen. Wer Vollmacht hat, eine Offerte zu machen, wird regelmässig auch berechtigt sein, die Willenserklärung des Gegners in Empfang zu nehmen.[128]) Denkbar ist es jedoch, das jemand nur zur Abgabe einer Erklärung bevollmächtigt wird und nicht berechtigt sein soll, eine solche in Empfang zu nehmen; und ebenso umgekehrt, indem z. B. ein Hauswirt jemandem Vollmacht erteilt, nur zu dem Zweck, damit seine Mieter alle etwaigen Kündigungen an diesen richten, weil er selbst mit den Angelegenheiten nichts zu thun haben will. Wodurch sich ein solcher Vertreter von einer blossen Empfangsperson unterscheidet, haben wir bereits früher gesehen.

Die Erteilung der Vollmacht ist bei der passiven Vertretung nach denselben Grundsätzen zu beurteilen, wie bei der aktiven Vertretung: sie ist mithin eine empfangsbedürftige Willenserklärung des Vertretenen mit alternativen Empfänger;[129]) die Vollmacht kann auch durch Kundgebung, öffentliche Bekanntmachung, Vorlegung von Urkunden[130]) noch besondere Rechtswirkungen erzeugen. Einer Form bedarf die Vollmachtserteilung nicht, selbst wenn das ihr zu Grunde liegende Rechtsgeschäft eine solche erfordert.[131])

---

[127]) **Vgl. auch H.G.B. § 55.**
[128]) **Vgl. § 9 des Textes.**
[129]) **B.G.B. § 167.**
[130]) **B.G.B. § 171, 172.**
[131]) **B.G.B. § 167**

Ob und inwieweit der Vertreter der Wirksamkeit für den Vertretenen empfangsbedürftige Willenserklärungen entgegennehmen kann, bestimmt sich, wie schon erwähnt, bei dem gesetzlichen Vertreter nach den Schranken der gesetzlichen Vertretung überhaupt; ebenso bei der gewillkürten Vertretung nach dem Wirkungskreise, der dem Vertreter angewiesen ist. Jedoch kann sie ausnahmsweise auch einen gesetzlichen Umfang haben, wie z. B. die Vollmacht des Prokuristen[132]) oder die des Prozessbevollmächtigten.[133]) Die Beschränkung der Prozessvollmacht hat, um bei letzterem Beispiel stehen zu bleiben, dem Gegner gegenüber nur insoweit Bedeutung, als diese Beschränkung die Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des von dem Gegner geltend gemachten Anspruchs betrifft.[134]) Kenntnis des Gegners spielt dabei keine Rolle.

Man hat neuestens die Frage angeschnitten, ob die Prozessvollmacht zur Abgabe wie zur Empfangnahme für das streitige Rechtsverhältnis bedeutsamer, empfangsbedürftiger Willenserklärungen berechtige, ob also z. B. der Beklagte dem Anwalt des Klägers gegenüber die Aufrechnungserklärung oder die Widerrufserklärung abgeben könne (z. B. nach § 531 B.G.B.), ob der Anwalt also mit Wirksamkeit als passiver Vertreter seines Klienten in dieser Beziehung auftreten könne. Mit Foertsch[135]) wird man diese Frage verneinen müssen; denn es ist streng auseinanderzuhalten die Abgabe bezw. der Empfang der Willenserklärungen einerseits, und der auf die Abgabe gestützte Einwand andrerseits. Und als Prozesshandlung im Sinne des § 81 C.P.O. ist nur dieser Einwand zu betrachten. Die Abgabe und der Empfang der empfangsbedürftigen Willenserklärungen liegt mithin nicht in den Grenzen seiner Vertretungsmacht. Hierzu wird er einer besonderen Vollmacht bedürfen.[136])

---

[132]) H.G.B. §§ 49, 50.

[133]) C.P.O. § 81.

[134]) C.P.O. § 83.

[135]) Foertsch Seite 1—3.

[136]) So auch Freudenthal zu § 81 C.P.O. Anm. 3. Planck zu § 388 B.G.B. Anm. 1.

De lege ferenda freilich ist dem Vorschlage Foertschs[137]) — es läge das sicherlich im Interesse aller Beteiligten —, den § 81 C.P.O. durch Aufnahme aller oder der wichtigsten empfangsbedürftigen Willenserklärungen zu ergänzen und zwar dahin, dass die Prozessvollmacht nicht nur zu ihrer Abgabe, sondern auch zu ihrer Entgegennahme berechtige, unbedingt Beifall zu zollen.

Eine weitere, den Umfang der Vertretungsmacht betreffende Einzelfrage ist es, ob der Vertreter im Zweifel berechtigt sei, dieselbe weiter auf einen Unterbevollmächtigten, einen Substituten, zu übertragen.

Nach römischem Recht war der Vertreter hierzu im Zweifel ermächtigt, wenn der Prinzipal ihm die Substitutionsbefugnis nicht ausdrücklich benommen hatte;[138]) nur war diese Entziehung zu präsumieren bei schwierigen, besondere Sachkenntnis und besonderes Vertrauen erfordernden Angelegenheiten.[139])

Bereits das Allgemeine Landrecht[140]) hat diesen Gedanken verallgemeinert und das Recht, zu substituieren, allemal von besonderer Erlaubnis abhängig gemacht.[141]) Auf diesem Standpunkt steht auch das Bürgerliche Gesetzbuch, wenn auch nicht mit einer ausdrücklichen Bestimmung; jedoch sind unbedenklich die diesbezüglichen Vorschriften für den Vorstand von Vereinen, Stiftungen, für die geschäftsführenden Gesellschafter der Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und die Testamentvollstrecker,[142]) sowie im Handelsgesetzbuch für die Handlungsvollmacht und die Prokura[143]) auf alle Arten der Vollmachtserteilung analog auszudehnen.

---

[137]) Foertsch, l. c. Seite 3 a. E. Dieselbe Konsequenz zieht bereits aus der *lex lata* — u. E. mit Unrecht — neuestens das Reichsgericht (Urt. III 424/01 vom 18. Februar 1902, abgedruckt in der Deutschen Juristenzeitung).

[138]) l. 8 § 3 D. 17, 1.

[139]) z. B. l. un. C. 6, 51; siehe darüber Mitteis Seite 197.

[140]) A.L.R. I 13, § 37.

[141]) So auch *code civil* Art. 1994.

[142]) B.G.B. §§ 27, 86, 713, 2218 in Verbind. mit § 664.

[143]) H.G.B. §§ 58, 52 $_2$.

Dass der Gewalthaber seine Vertretungsmacht als solche nicht substituieren könne, ist als selbstverständlich vorauszusetzen. Nicht zu verwechseln ist damit jedoch die Befugnis desselben, zu ganz bestimmten Zwecken einen Bevollmächtigten zu wählen, z. B. die Wahl eines Prozessbevollmächtigten für den Vertretenen.[144])

Im übrigen sprechen es für die Vollmacht auch ausdrücklich die Motive aus, dass bei der Vertretungsnatur derselben im Zweifel dem Bevollmächtigten ein Substitutionsrecht nicht zustehe.

Nun kann es allerdings zweifelhaft sein, wenn man von dem inneren Grunde ausgeht, der dazu geführt hat, die Uebertragung der Vollmacht auf einen Unterbevollmächtigten im Zweifel zu verbieten, ob dies in gleicher Weise anwendbar sei auch auf die Fälle, wo die Vollmacht nur zum Empfang von Erklärungen erteilt ist. Bei dem passiven Vertreter ist zwar Verständnis für die durch ihn geschaffene Rechtslage Voraussetzung; dass aber die Rolle eines Bevollmächtigten lediglich zur Entgegennahme von Erklärungen ein besonderer Vertrauensposten sei, ist wohl mit nichten anzunehmen. Wenn z. B. in dem früher angeführten Beispiele der Vertreter des Hauswirts, den dieser zum Empfang von Kündigungen bevollmächtigt hat, die Vollmacht auf seine Frau weiter überträgt, in der Weise, dass sie beispielsweise berechtigt sein solle, alle mündlich erfolgenden Kündigungen in Empfang zu nehmen, so ist wohl zu präsumieren, dass gegen eine solche Erledigung seiner Aufgabe der Prinzipal nichts einzuwenden hätte.

Es würden mithin mit dem Empfange der Kündigungserklärung seitens der Frau die Rechtswirkungen unmittelbar für ihn eintreten. Auch in den Fällen, wo das Gesetz ausdrücklich eine Substitutionsbefugnis ausschliesst, wird man unseres Erachtens gegen die Erteilung einer Untervollmacht, soweit es sich nur um die passive Seite der Vertretung handelt, nichts einwenden können. Wenn das Gesetz mit einer derartigen Auffassung im Wider-

---

[144]) Vgl. dazu Entscheid. des Reichsger. in Civilsachen Band 41, Seite 263.

spruch zu stehen scheint, so ist zu bedenken, dass es, ebenso wie die Motive, hier sicherlich nur die aktive Seite der Vertretung im Auge gehabt hat. Das Reichsgericht hat unseres Wissens noch nicht Gelegenheit gehabt, dieser Frage näher zu treten — der Fall wird ja auch wohl verhältnismässig selten vorkommen —; ich zweifle jedoch nicht, dass es sich gegebenenfalls auf den angegebenen Standpunkt stellen würde. — Natürlich ist es nicht ausgeschlossen, dass auch hier bei der Erteilung der Untervollmacht arge Missgriffe unterlaufen. Jedoch würde sich der Prinzipal in solchen Fällen, wenn z. B. der passive Vertreter sich einen schwachsinnigen Menschen substituiert, der die Hälfte der an ihn gerichteten Kündigungen auszurichten vergisst, wegen des ihm daraus entstandenen Schadens an den Vertreter halten können, der ihm — nach Analogie des § 664, wegen *culpa in eligendo*, aber nur wegen dieser, zu haften hätte.

Was endlich das Erlöschen der passiven Vertretungsmacht betrifft, so gelten auch darüber keine besonderen Grundsätze; die Bestimmungen über die aktive Vertretung sind daher der analogen Ausdehnung fähig. Sobald mit dem Erlöschen der Gewalthaberstellung des gesetzlichen Vertreters dessen Vertretungsbefugnis aufhört, kann er natürlich auch nicht mit Wirksamkeit Willenserklärungen für den ehemals von ihm Vertretenen entgegennehmen; das Gleiche gilt, wenn ihm ausnahmsweise seine Vertretungsmacht entzogen wird, während im übrigen seine elterliche, bezw. vormundschaftliche Gewalt noch bestehen bleibt.[145]) — Die Vollmacht erlischt, wenn sie tituliert ist, regelmässig mit dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis;[146]) bei der abstrakten, nicht accessorischen Vollmacht durch Zeitablauf, Widerruf, in der Regel auch durch Tod des Bevollmächtigten, während Tod des Vollmachtgebers im Zweifel einflusslos bleibt.[147])

Dass im Verhältnis zwischen Vollmachtgeber und gutgläubigem Dritten die Vollmacht trotz ihres Erlöschens unter

---

[145]) B.G.B. §§ 1630, 1796.

[146]) B.G.B. § 168.

[147]) B.G.B. § 168, ferner §§ 671—675, die auch auf die abstrakte Vollmacht anwendbar.

Umständen als fortbestehend fingiert wird, dass also der Erklärende in solchen Fällen noch mit Wirksamkeit die Erklärung gegenüber dem ehemals Bevollmächtigten abgeben kann, wenn er nämlich das Erlöschen der Vollmacht weder kennt noch kennen muss, haben wir bereits früher gesehen.[148])[150])

§ 19.

Wenn wir nunmehr auf die rechtliche Behandlung des durch die passive Vertretung begründeten Rechtsgeschäfts zu sprechen kommen, so haben wir, wie bei der aktiven Vertretung, davon auszugehen, dass das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts durch den Vertreter veranlasst wird, die Wirkungen aber den Vertretenen treffen sollen: was also die Vornahme des Rechtsgeschäfts betrifft, richtet sich nach der Person des Vertreters, was mit den Wirkungen zusammenhängt, nach der des Vertretenen.

Die Rechtsfähigkeit und die Fähigkeit, bestimmte Rechte zu erwerben,[149]) muss, wie wir bereits gesehen haben, in der Person des Vertretenen vorhanden sein.

Wird dem in Frage stehenden Rechtsgeschäft durch die Persönlichkeit einer Partei eine besondere Qualität zu teil, so ist die Person des Vertretenen einzig und allein entscheidend.

Dies kann auch, insbesondere bei der passiven Vertretung, praktisch recht bedeutsam werden. Geht z. B. dem Vertreter einer Person, die sich einem andern gegenüber erboten hat, Geschäfte bestimmter Art zu besorgen, eine solche Auftragsvertragsofferte zu, so muss der Vertreter die Offerte unverzüglich zurückweisen, da sonst der Vertretene, wenn er eine Privatperson ist, Schadensersatz zu leisten hat,[151]) während im Falle seiner Kaufmannsqualität das Schweigen des Vertreters als Annahme gilt und der Prinzipal so für die Ausführung haftet.[152]) Die etwaige Kaufmannsqualität des Vertreters ist dafür völlig irrelevant.

---

[148]) **Vgl. § 15 des Textes, ferner B.G.B. §§ 169, 674, 729, 170, 171_2, 172_2.**

[149]) **z. B. E.G. B.G.B. Art. 86—88.**

[150]) **Eine andere Bedeutung hat H.G.B § 53 in Verb. mit § 15.**

[151]) **B.G.B. §§ 669, 251.**

[152]) **H.G.B. § 362.**

Sind Formen für das Rechtsgeschäft vorgeschrieben, z. B. gerichtliche oder notarielle Beurkundung, so hat dieselben, da es sich um Vornahme des Rechtsgeschäfts handelt, der Vertreter zu beachten; sind für gewisse Personen Sondervorschriften vorgezeichnet, wie z. B. für Analphabeten, so ist hierfür natürlich auch die Person des Vertreters massgebend.

Endlich — und das ist von besonderer Wichtigkeit — ist noch der rechtlichen Bedeutung zu gedenken, die vielfach der Kenntnis und dem Kennenmüssen gewisser Umstände zukommt, und der Fälle, in denen die Rechtsfolgen der Erklärung durch Willensmängel beeinflusst werden. Entsprechend der gemeinrechtlichen Theorie und zum Teil auch schon dem römischen Rechte[153]) bestimmt das Gesetz, in strenger Konsequenz des zu Eingang dieses Paragraphen erwähnten Prinzips, dass es grundsätzlich nicht auf Willensmängel, Kenntnis, Kennenmüssen des Vertretenen, sondern des Vertreters ankomme.[154])

Für unsere Betrachtungen ist zunächst das Vorhandensein von Willensmängeln auszuscheiden; denn solche werden allemal nur in der Person des Erklärenden berücksichtigt: wir haben es aber nur mit dem vertretenden Erklärungsempfänger zu thun. Ein Irrtum beispielsweise, der bei einer empfangsbedürftigen Willenserklärung auf Seiten des Empfängers obwaltet, berechtigt niemals zur Anfechtung. Für uns kommen mithin diese Willensmängel höstens insoweit in Betracht, als gewisse Wirkungen ihres Vorhandenseins auf Seiten des Erklärenden abhängig sind von ihrer Kenntnis, bezw. fahrlässigen Unkenntnis durch den Erklärungsempfänger. Massgebend ist für solche Kenntnis also regelmässig die Person des Vertreters; nur da statuiert das Gesetz eine Ausnahme — und auch nur für die gewillkürte, nicht die gesetzliche Vertretung —, wo der Vertreter von dem Vertretenen bestimmte Weisungen für sein Verhalten bei dem Empfange der Erklärung bekommen hat, und wo, wie man § 166_2 restriktiv interpretieren muss,[155]) diese Weisungen im

---

[153]) l. 51 pr. D. 21, 1.

[154]) B.G.B. § 166.

[155]) A. M. Kuhlenbeck Seite 478, Hölder Seite 361.

Zusammenhange mit der fraglichen Thatsache standen.[156]) In diesen Fällen kommt also in gleicher Weise die Kenntnis und das Kennenmüssen des Vertretenen in Betracht, d. h. er kann sich nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen, wenn er selbst die betreffende Kenntnis hatte oder haben musste.[157]) Die Bedeutung dieses Satzes geht jedoch nicht soweit, wie für das gemeine Recht bisweilen behauptet wird, dass in solchen Fällen nur die Person des Vertretenen in Betracht käme: auch im Falle der Instruktion kann der Vertretene sich nicht auf seine Unkenntnis stützen, wenn der Vertreter den fraglichen Umstand kennt.

Prüfen wir nun die wichtigsten Fälle, in denen ein solches Kennen, bezw. Kennenmüssen des Erklärungsempfängers in Betracht kommen kann.

1. Wird nach § 116 dem Vertreter gegenüber eine Mentalreservation begangen, und kennt der Vertreter den Vorbehalt, so ist die Erklärung nichtig trotz der Unkenntnis des Vertretenen. Kennt dagegen umgekehrt der Vertretene den Vorbehalt, der Vertreter aber nicht, so ist die Willenserklärung trotzdem wirksam; nur wenn in diesem Falle der Vollmachtgeber dem Vertreter bestimmte, damit im Zusammenhange stehende Weisungen erteilt, ihm z. B. gesagt hat, er solle den Erklärenden beileibe nicht fragen, ob er das Erklärte auch wirklich wolle — derselbe sei sehr leicht empfindlich —, kann sich der wissende Vertretene auf die Unkenntnis des Bevollmächtigten nicht berufen, und die Erklärung ist mithin nichtig. Dies gilt aber, wie gesagt, nur bei der Erteilung einer bestimmten Instruktion. Ist dies nicht der Fall, so wird man sich vom Standpunkt der *lex lata* dem unbefriedigenden Ergebnis nicht entziehen können, dass z. B. die Kenntnis des Prinzipals, der dabei steht, wie sein Prokurist eine solche Willenserklärung empfängt, auf die Wirksamkeit derselben einflusslos ist.[158])

---

[156]) So auch Planck zu § 166, Seite 112 n. 2. Zitelmann B.G.B. Seite 823.

[157]) So auch schon l. 51 pr. D. 21, 1.

[158]) Die entgegengesetzte Ansicht Kuhlenbecks lässt sich gegenüber der *lex lata* nicht rechtfertigen.

2. § 117. Eine zum Schein abgegebene Willenserklärung ist nur nichtig, wenn sie dem Vertreter gegenüber mit dessen Einverständnisse zum Schein abgegeben wird; ein etwaiges Einverständnis des Vertretenen bezüglich der Simulation ist völlig irrelevant. Nur bei erteilter Instruktion kann sich der mit der Simulation einverstandene Vollmachtgeber nicht nachträglich auf das fehlende Einverständnis des Vertreters berufen.

3. § 118. Erfolgt eine Scherzerklärung gegenüber dem Vertreter, so ist sie allemal nichtig. Der Erklärende ist zum Ersatz des negativen Interesses verpflichtet,[159]) wenn der Vertreter den Scherz nicht erkennt, dies auch dann — auch hier werden wir diese Konsequenz nicht umgehen können —, wenn der Vertretene wusste, dass es sich um eine Scherzerklärung handle.[160]) Nur dann, wenn der Vertretene dem Vertreter eine bestimmte Weisung gegeben hat — das liesse sich vielleicht so denken, dass er den Vertreter darauf hinweist, es sei eine Eigenart des Erklärenden, seine Erklärungen stets in scherzhafter Weise abzugeben, sie seien aber stets ernsthaft gemeint — kann er sich auf die Unkenntnis des Vertreters nicht berufen und hat keinen Anspruch auf Schadensersatz.

4. §§ 119, 120. Ficht der Erklärende seine Erklärung wegen Irrtums oder unrichtiger Uebermittlung an, so ist er unter denselben Voraussetzungen wie im Fall der Nichtigkeit des § 118 dem Vertretenen zum Ersatz des negativen Interesses verpflichtet.

Irrtum auf seiten des vertretenden Erklärungsempfängers kommt, wie wir gesehen haben, überhaupt nicht in Betracht.

Es fragt sich noch, wer in solchem Falle der Anfechtungsgegner sei. Es wird mit Hölder[161]) anzunehmen sein, dass insofern beide an dem Geschäft beteiligt seien, der eine durch die Vornahme, der andre durch die Wirkung, die Erklärung beiden gegenüber angefochten werden könne, „dem Vertretenen gegenüber, weil sie eine zu seinen Gunsten platzgreifende Rechts-

---

[159]) B.G.B. § 122.

[160]) So auch Hellmann Seite 146.

[161]) Hölder Seite 361.

wirkung ausschliesse, dem Vertreter gegenüber, weil sie eine durch seine Thätigkeit begründete Rechtswirkung ausschliesse; handle es sich um einen Vertrag, so sei jeder von ihnen im bestimmten Sinne der andre Teil".

5. § 123. Hat der Vertreter den Erklärenden zur Abgabe der Erklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt, so kann der Erklärende seine Erklärung anfechten, selbst, wenn dem Vertretenen der *dolus* fehlte. Hat aber der Vertretene selbst die Täuschung verübt, so ist hier — und das ist ein wichtiger Unterschied von den bis jetzt erwähnten Fällen — die Erklärung anfechtbar, selbst wenn der Vertreter davon weder eine Ahnung, noch in dieser Beziehung bestimmte Weisungen bekommen hat.

Diese Auffassung findet ihre feste Stütze im Gesetzbuch selbst, wenn auch durch keine ausdrückliche Bestimmung: nach § 123, $_2$ ist die Erklärung, zu deren Abgabe ein Dritter den Erklärenden arglistig bestimmt hat, dann, wenn ein andrer aus dieser Erklärung unmittelbar ein Recht erwarb, diesem andern gegenüber anfechtbar, wenn er die Täuschung kannte oder kennen musste. Wenn nun aber schon die Kenntnis von der Täuschung eines Dritten genügen soll zur Begründung des Anfechtungsrechts, um wie viel mehr muss dann dem Erklärenden dies Recht zuzuerkennen sein, wenn dieser andre die Täuschung selbst verübte!

Man könnte übrigens nach dem Wortlaut des § 123 Abs. 2 zweifeln, ob dieser Sinn, dass nämlich der Erklärende das Recht zur Anfechtung seiner Erklärung habe, wenn ihn derjenige zur Abgabe der Erklärung arglistig bestimmt hat, der aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erwirbt, nicht unmittelbar mit demselben zu verbinden sei, wie es z. B. Kuhlenbeck[162]) annimmt. Jedoch ergiebt sich aus dem Vergleiche mit dem ersten Satze des zweiten Absatzes dieses Paragraphen, dass hier nur von der durch einen Dritten verübten Täuschung die Rede ist, indem das Gesetz die Zulässigkeit der Anfechtung bei Täuschung durch den „Andern" selbst als selbstverständlich voraussetzt.

---

[162]) **Kuhlenbeck Seite 477.**

In der erwähnten Gesetzesvorschrift liegt endlich noch insofern eine wichtige Sonderbestimmung, als danach für den Fall, dass ein Dritter die Täuschung verübt hat, die Erklärung nur anfechtbar ist, wenn der Vertreter die Täuschung kannte oder kennen musste, ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder etwaige Weisungen des Vertreters.

Hieraus kann man schon die Irrigkeit der Kuhlenbeck'schen Auffassung entnehmen, denn nach dieser wäre auch im Falle der Täuschung seitens des Vertreters die Willenserklärung nur anfechtbar bei Kenntnis bezw. schuldhafter Unkenntnis des Vertretenen. Das würde aber im Widerspruch stehen nicht nur mit unserem Rechtsempfinden, sondern auch dem Wesen der Vertretung, im Widerspruch vor allem mit einem der Grundprinzipien der Vertretungslehre, dass alles, was mit der Vornahme des Rechtsgeschäfts zusammenhängt, nach der Person des Vertreters zu beurteilen sei, und hiesse zurückgreifen auf längst als unhaltbar erkannte Theorien, wie sie die gemeinrechtliche Doktrin gezeitigt hat. —

Ist der Erklärende widerrechtlich durch Drohung zur Abgabe der Erklärung bestimmt worden, so ist er stets anfechtungsberechtigt, ohne Unterschied, ob der Vertreter, der Vertretene oder ein Dritter sie verübt hat, auch dann, wenn weder der Vertreter noch der Vertretene darum wussten.[163])

Anfechtungsgegner ist auch hier, wie bei der Anfechtung wegen Irrtums oder unrichtiger Uebermittlung nach Auswahl des Erklärenden sowohl Vertreter wie Vertretener.[164])

Was endlich den Ersatzanspruch anlangt, den der Erklärende geltend machen kann, so ist zu bemerken, dass der Vertretene, wenn sein zur Entgegennahme von Willenserklärungen ermächtigter Vertreter ohne sein Wissen den Erklärenden zur Abgabe der Erklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt hat, hier nur nach den Grundsätzen über Haftung wegen unerlaubter Handlungen eines Dritten, den man zur Verrichtung seiner Angelegenheiten bestellt hat, gemäss § 831 B.G.B. haftbar gemacht werden kann, d. h.

[163]) B.G.B. § 123, Endemann Seite 316.

[164]) So auch Hölder Seite 361.

nur, wenn er nicht seine Schuldlosigkeit bei Auswahl des Vertreters nachweisen kann.

Anders ist dies nur hinsichtlich der verfassungsmässig berufenen Vertreter der juristischen Personen, da die letzteren für den durch ihre Vertreter angerichteten Schaden im vollen Umfange verantwortlich sind; denn die Handlungen der Vertreter sind rechtlich die der juristischen Person.

Diese Haftpflicht tritt natürlich nur dann ein, wenn zwischen der widerrechtlichen Handlung des Vertreters und der ihm übertragenen Verrichtung ein Kausalnexus besteht. Dass ein solcher vorliegt, wenn, wie in unserem Falle, der Vertreter für die juristische Person Willenserklärungen in Empfang nehmen soll, und er den Erklärenden durch Arglist oder Drohung zur Abgabe derselben bestimmt, wird sich wohl nicht bestreiten lassen. —

§ 20.

Sind alle Voraussetzungen in der Person der Beteiligten vorhanden, lag Erkennbarkeit bei Abgabe der Erklärung vor, hatte der Vertreter den Vertreterwillen, war bei der in Frage stehenden Willenserklärung eine Vertretung überhaupt zulässig, hatte der Vertreter zur Empfangnahme der Willenserklärung Vertretungsmacht, lag kein Willensmangel bei Abgabe der Erklärung auf seiten des Erklärenden vor, der die Erklärung nichtig machte: dann tritt unmittelbar mit dem Empfange der Erklärung seitens des Vertreters der beabsichtigte wirtschaftliche Erfolg ein, d. h. die Willenserklärung hat dieselbe Wirkung, als wenn sie dem Vertretenen gegenüber abgegeben wäre. Daraus folgt zweierlei:

1. Die Willenserklärung gilt als abgegeben sowohl zu Lasten wie zu Gunsten des Erklärenden. Handelt es sich um eine Vertragsofferte, so ist er gebunden mit dem Augenblick des Empfanges seitens des Vertreters; hat er zur Abgabe der Erklärung eine bestimmte Frist zu wahren, so gilt die Frist als gewahrt, wenn in der fraglichen Zeit die Willenserklärung dem Vertreter zugeht, mag auch der Vertretene erst längst nach Ablauf derselben von ihr Kenntnis erlangen. Auf diese Weise kann also eine Rechtswirkung in der Person des Vertretenen

eintreten, ohne dass er eine Ahnung davon hat. Er kann sich nicht darauf berufen, dass der Vertreter ihm von dem Empfange der Erklärung keine Mitteilung gemacht habe. Er kann sich deshalb höchstens kraft des eventl. zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses an den Vertreter selbst halten und von ihm Ersatz des Schadens verlangen, den er durch die Verzögerung oder Versäumung der Benachrichtigung erlitten hat, z. B. mit der *actio mandati directa*. — Der Erklärende aber kann darauf vertrauen und muss darauf vertrauen können, dass mit Abgabe der Erklärung an den rechtmässig bestellten Vertreter derselbe Rechtseffekt hergestellt werde, wie wenn die Erklärung an den Vertretenen direkt erfolgt.

2. Die zweite Folgerung ist die, dass durch die dem Vertreter gegenüber abgegebene Erklärung die Rechtsverhältnisse dieses Vertreters selbst völlig unberührt bleiben; wenn ich also, um wieder ein Beispiel aus der Vertretungslehre selbst zu nehmen, dem *A* als Vertreter des *B* meine Genehmigung zu sämtlichen von *B* ohne Vertretungsmacht für mich abgeschlossenen Geschäften erteile,[165]) so habe ich damit nicht ein etwa von *A* selbst für mich vorgenommenes Rechtsgeschäft ratihabiert.[166])

§ 21.

Mit wenigen Worten wollen wir noch auf die juristische Konstruktion dieses eigentümlichen Gebildes eingehen, das wohl zu den bestrittensten der ganzen Pandektentheorie gehört. Die meisten Schriftsteller beginnen damit die Erörterung der Vertretungslehre. Indem wir sie an den Schluss unserer Ausführungen stellen, folgen wir einer Anregung Leonhards,[167]) der mit Recht bemerkt, „dass derartige Theorien keine Ausgangspunkte *(principia)* der Rechtsbildung, die vielmehr in ganz andren Ursachen wurzeln, sondern nur zusammenfassende Abschlüsse seien, die von der Theorie aus den Einzelbestimmungen gezogen werden".

---

[165]) Gemäss B.G.B. § 182.

[166]) Vgl. auch das ähnliche Beispiel Cosacks Seite 226.

[167]) Leonhard Seite 304 Anm. 2.

Es kann nicht unsere Aufgabe sein, auf alle von der gemeinrechtlichen Doktrin hierüber entwickelten Theorien einzugehen, auch das muss einer Darstellung der gesamten Vertretungslehre überlassen bleiben. Wir wollen nur in aller Kürze die Frage streifen, welche dieser Theorien sich für das Bürgerliche Gesetzbuch rechtfertigen lässt, indem es gestattet, dass die Wirkungen der einem Vertreter gegenüber abgegebenen Willenserklärung, unter Ueberspringung des Vertreters, unmittelbar den Vertretenen treffen.

Zunächst ist vom Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuchs völlig zu verwerfen die schon gemeinrechtlich wenig anerkannte, insbesondere von Savigny[168]) und Hellmann[169]) vertretene Auffassung, dass der Vertretene überhaupt nur im Rechtssinn der — auf die passive Vertretung angewandt — Empfänger sei und sich des Vertreters nur als seines Werkzeuges bediene. Damit steht im krassesten Gegensatz, dass die Thatsachenkenntnis des Vertreters in erster Linie von Bedeutung ist; auch hiesse das hinsichtlich der passiven Seite der Vertretung den Unterschied zwischen Empfangsperson und passivem Vertreter völlig verwischen.

In Frage kann nur kommen, ob — von den verschiedenen Varianten dieser Theorien sehen wir ab —, wie es die im gemeinen Rechte herrschende Repräsentationstheorie annahm, die Person des Vertreters für das Rechtsgeschäft allein in Betracht komme,[170]) oder ob, der s. g. Vermittlungstheorie entsprechend,[171]) jeder von beiden beteiligt sei, soweit sein Wille auf die Erklärung von Einfluss sei. Stützpunkt der letzteren Ansicht wäre für das B.G.B. insbesondere die bereits öfter erwähnte Vorschrift des § 166_2, bezüglich der Weisungen seitens des Vertretenen. Es ist jedoch dabei zu bedenken — ganz abgesehen davon, dass die Bestimmung nur für die Vollmacht, nicht die gesetzliche

---

[168]) Savigny, Obligationenrecht II, §§ 154, 56.

[169]) Hellmann, Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften, 1882.

[170]) Vor Allem vertreten von Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehen von Verträgen 1852, Laband, Zeitschrift für Handelsrecht Seite 189 ff., Band X, Regelsberger §§ 159 ff., 580—601, Windscheid Band I § 173, Schlossmann l. c.

[171]) So insbesondere Mitteis Seite 78—137; Dernburg, Pandekten 6. Aufl. 1899, 1900, § 119; für das B.G.B. auch Crome Seite 456 ff.

Vertretungsmacht gilt —, dass aus der blossen Thatsache des Kennens bezw. Kennenmüssens des Vertretenen im Falle der Erteilung bestimmter Weisungen, eine Teilnahme am Empfang der dem Vertreter gegenüber abgegebenen Erklärung wohl kaum zu konstruieren ist. Diese Theorie führt in ihrem Ergebnis schliesslich mit Notwendigkeit zu einer Verquickung der Vollmachtserteilung mit dem kraft der Vollmacht vorgenommenen Rechtsgeschäft; es liegt darin eine Verwechslung von Ursache und Wirkung. Die Vollmachtserteilung und das kraft derselben vorgenommene Rechtsgeschäft sind doch streng auseinanderzuhalten: es sind das zwei gänzlich von einander verschiedene Rechtsgeschäfte. Die Instruktionserteilung fällt aber in das erste derselben.

Wenn nun auch in einem solchen Falle der Wille des Vertretenen sich in dem des Vertreters wiederspiegelt, so wird man deshalb doch nicht behaupten können, dass insoweit nur die Person des Vertretenen beteiligt ist; der Wille des Vertreters scheidet doch infolge der Weisung nicht völlig aus, sondern er wird nur modifiziert und durch den des Vertretenen beeinflusst. Sein Verhalten bestimmt sich nach seinem nunmehrigen, durch die Instruktion des Vollmachtgebers gestalteten Willen. Thätig im Rechtssinn als Empfänger ist daher einzig und allein der Vertreter.

Dass in einem solchen Falle die Thatsachenkenntnis des Vertretenen ausnahmsweise in Betracht kommt, ist eine Folge nicht davon, dass er an der Vornahme des Rechtsgeschäfts mitgewirkt hat, sondern allein dadurch begründet, dass er bei der Vollmachtserteilung den Willen des Bevollmächtigten beeinflusst hat und sich daher nicht auf Thatsachen berufen kann, die ihm bekannt, dem Vertreter aber infolge des beeinflussten Willens unbekannt waren (vgl. die Beispiele in § 19 des Textes, insbesondere zu 1 und 4).

Diese s. g. Vermittlungstheorie liesse sich überhaupt nur mit Hilfe einer Fiktion aufrecht erhalten, und es ist unerfindlich, weshalb zu einer solchen seine Zuflucht nehmen, wenn man mit natürlichen Mitteln auskommen kann. Vom Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist vielmehr einzig und allein die

Repräsentationstheorie zu billigen:[172]) es muss allerdings zugegeben werden, dass die ganze Streitfrage heute gegenüber den positiven Bestimmungen des Gesetzes ihre praktische Bedeutung verloren hat.

IV. Die passive Vertretung ohne Vertretungsmacht.

§ 22.

Wenn nach unsern bisherigen Ausführungen die beabsichtigten Rechtswirkungen nur voll und ganz eintreten können, wenn der Vertreter der Willenserklärung in den Grenzen seiner Vertretungsmacht empfängt, so wird damit der Begriff der Vertretung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch noch nicht erschöpft. Vertreter im Sinne des Gesetzes ist auch, wer eine Willenserklärung abgiebt oder empfängt, ohne Vertretungsmacht zu haben; nur die Wirksamkeit der Erklärung ist damit noch nicht gegeben. Ein solcher Mangel der Vertretungsmacht kann entweder ein absoluter sein, d. h. die Vertretungsmacht hat überhaupt niemals existiert, oder ein zeitlicher, indem die Vertretungsmacht nicht mehr vorhanden ist, oder endlich kann er in dem Umfange der Vertretungsmacht begründet sein, indem der Vertreter die Grenzen der ihm zustehenden Vertretungsmacht überschreitet. Rechtlich stehen sich diese Fälle alle gleich. Ein unbeschränktes Zulassen eines solchen Thätigwerdens für einen andern ohne Vertretungsmacht kann grosse Gefahren für die Verkehrssicherheit mit sich bringen; daher hat es auch das Bürgerliche Gesetzbuch nur in beschränktem Umfange gestattet.

Der Abschluss zweiseitiger Rechtsgeschäfte durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht, als dem Verkehrsleben zu Gute kommend und ohne Gefahren für dasselbe, ist stets zulässig. Diese aktive Seite der Vertretung — es liegt hier zwar auch auf jeder Seite ein Empfangen vor, doch ist dasselbe nur von Bedeutung in Verbindung mit dem Handeln — haben wir nicht weiter zu betrachten. Wir haben nur das einseitige Rechtsgeschäft zu berücksichtigen und zwar bei ihm die Frage zu behandeln: kann eine empfangsbedürftige Willenserklärung im

[172]) So auch Endemann Seite 342, Enneccerus Seite 216.

Thatbestand des einseitigen Rechtsgeschäfts gegenüber einem Vertreter ohne Vertretungsmacht abgegeben werden oder ist sie nichtig? Und im Falle der Statthaftigkeit: welche Rechtswirkungen hat das Empfangen einer solchen Willenserklärung für einen andern ohne Vertretungsmacht? — Die Motive[173]) sagen ausdrücklich:

> „Die Vornahme eines einseitigen Rechtsgeschäfts, dessen Wirksamkeit davon abhängt, dass es gegenüber einem Beteiligten vorgenommen wird, gegenüber einem nicht ermächtigten Vertreter des Beteiligten zu gestatten, ist weder Bedürfnis noch unbedenklich."

Demgemäss wäre auch nach dem Entwurfe ein solcher Empfang nichtig gewesen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat diesen Standpunkt nicht beibehalten: während es allerdings auch grundsätzlich davon ausgeht, dass die Vornahme einseitiger Rechtsgeschäfte durch einen nicht ermächtigten Vertreter unstatthaft ist — von den aus nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen bestehenden Rechtsgeschäften gilt das auch heute noch ausnahmslos[174]) —, hat es, und mit Fug, unter gewissen Voraussetzungen die Vornahme wie Empfangnahme von empfangsbedürftigen Willenserklärungen durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht gestattet. § 180 lautet: „Bei einem einseitigen Rechtsgeschäft ist Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig. Hat jedoch derjenige, welchem gegenüber ein solches Rechtsgeschäft vorzunehmen war, die von dem Vertreter behauptete Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht beanstandet oder ist er damit einverstanden gewesen, dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht handle, so finden die Vorschriften über Verträge entsprechende Anwendung. Das Gleiche gilt, wenn ein einseitiges Rechtsgeschäft gegenüber einem Vertreter ohne Vertretungsmacht mit dessen Einverständnisse vorgenommen wird."

---

[173]) **Motive I, Seite 245.**

[174]) Vgl. Motive I, Seite 245: **„In Ansehung derjenigen einseitigen Rechtsgeschäfte, zu deren Wirksamkeit nicht gehört, dass sie gegenüber einer bestimmten Person vorgenommen werden, stehen der Zulassung der Vornahme durch einen nicht ermächtigten Vertreter ebenfalls Bedenken entgegen."** —

Ueber Umfang und Tragweite dieses letzten, für uns besonders bedeutsamen Satzes, gehen die Meinungen in der Litteratur auseinander.

Die herrschende Ansicht entspricht der Auffassung Kipps, „wonach der Vergleich dieses Satzes mit § 180 Satz 2 lehre, dass hiermit nicht jeder Fall gemeint sei, in welchem der Vertreter mit der Vornahme des Rechtsgeschäfts ihm gegenüber einverstanden sei, sondern nur der Fall, dass der Erklärende wie der Vertreter den Mangel der Vollmacht kannten und trotzdem der Vertreter mit der Vornahme des Geschäfts ihm gegenüber einverstanden sei.“ [175])

Jedoch führt diese Auffassung, die auch durch den Wortlaut des Satzes nicht unbedingt geboten ist, zu recht eigentümlichen Resultaten. Eck, der auch auf diesem Standpunkt steht, betont mit Recht,[176]) wie unbegründet es sei, „dass die Abgabe einer Erklärung ohne Vertretungsmacht zulässig sei, wenn der Empfänger die Erklärung weder beanstande, d. h. weder den Mangel der Vertretungsmacht kenne noch die Erklärung unverzüglich zurückweise, noch mit dem Gerieren ohne Vertretungsmacht einverstanden sei, während der vollmachtlose Empfang nur bei Einverständnis des Erklärenden, dass die Erklärung dem unbevollmächtigten Vertreter gegenüber abgegeben werde, nicht bei Nichtbeanstandung der von dem passiven Vertreter behaupteten Vertretungsmacht zulässig sei.“ Warum soll, um ein Beispiel Ecks anzuführen,[177]) „wenn ein Hauswirt seinem Mieter kündigen will, ein angeblich bevollmächtigter Vertreter des Mieters ohne Beanstandung von seiten des Hauswirts die Kündigung empfängt und der Mieter dies später genehmigt, die Kündigung nicht wirksam sein“ andrerseits aber die Wirksamkeit einer von dem angeblich bevollmächtigten Vertreter des Hauswirts dem Mieter gegenüber abgegebenen Kündigungserklärung, wenn dieser die Vertretungsmacht nicht beanstandet, von der Genehmigung des Hauswirts abhängen?

---

[175]) **Windscheid-Kipp Seite 321; ebenso Eck Seite 77, Fischer-Henle Seite 95 zu § 180 Anm. 5, 6, Meisner Seite 167, Gareis Seite 214, 5, Matthiass Seite 248, Hölder Seite 380.**

[176]) **Eck Seite 76.**

[177]) **Eck Seite 77.**

Eine solche Unterscheidung entbehrt jeder Logik und hat auch sicherlich dem Gesetzgeber ganz fern gelegen. Die Worte „mit dessen Einverständnisse“ sind in dem fraglichen Satze vielmehr lediglich dahin zu interpretieren, dass der Vertreter positiv damit einverstanden gewesen sein muss, dass ihm gegenüber als Vertreter eines andern die Erklärung abgegeben werde. Nur dann soll ein solches Rechtsgeschäft nichtig sein, wenn der Vertreter seinen Willen, als solcher aufzutreten, nicht ausdrücklich kundgegeben hatte.[178]) Wenn ich also beispielsweise einem beliebigen Menschen auf der Strasse eine Erklärung abgebe und erkennbar mache, dass ich ihn dabei als Vertreter eines Dritten in Anspruch nehmen wolle, so ist meine Erklärung nichtig, auch ohne dass er die Uebernahme der ihm zuerteilten Rolle ausdrücklich ablehnt: dies und nichts Anderes will § 180 Satz 2 besagen. Voraussetzung für die Zulässigkeit ist nur, dass der Erklärungsempfänger positiv einverstanden war. Es sei hier noch das sehr instruktive Beispiel Cosacks[179]) angeführt: „*A* kündigt brieflich dem Rechtsanwalt *B* als angeblichem Vertreter des *C* eine Hypothek. *B* schweigt, ist also nicht positiv einverstanden, teilt aber dem *C* die Kündigung mit. *C* genehmigt die Kündigung sofort: trotzdem ist die Kündigung ungiltig.“ Man darf hierauf nicht einwenden, dass der Anwalt, wenn er auch nicht Vertreter sein wollte, durch die Uebermittlung der Erklärung die Rolle eines Boten übernommen und die Erklärung daher mit Empfang seitens des *C* Wirksamkeit erlangt habe. Das ist nicht zutreffend, „denn *A* hat die Erklärung nur in dem Sinne abgegeben, dass der Anwalt sie als Vertreter des *C* entgegennehmen solle, und daher wird sie durch die nicht auf dem Willen des *A* beruhende, in diesem Sinne zufällige Benachrichtigung des Vertretenen nicht wirksam.“[180]) —

Die in Frage stehende Vorschrift des § 180 Satz 3 wäre also, um es nochmals zu betonen, dahin zu interpretieren: „die

---

[178]) So **auch Cosack Seite 230, Planck Seite 236, Rehbein Seite 283, Hellmann Seite 109, Szkolny und Caro Seite 214, Staub, Anhang zu § 58, Anm. 63.**

[179]) **Cosack Seite 230.**

[180]) **Windscheid-Kipp Seite 320 Bd. 1.**

Vorschriften über Verträge finden entsprechende Anwendung, wenn ein einseitiges Rechtsgeschäft gegenüber einem Vertreter ohne Vertretungsmacht vorgenommen wird, und derselbe damit einverstanden ist, dass ihm gegenüber das Rechtsgeschäft in seiner Eigenschaft als Vertreter vorgenommen werde."

Damit fallen auch die erwähnten, von seinem Standpunkte aus berechtigten Bedenken Ecks von selbst hinweg, wie denn überhaupt die Konsequenzen der hier vertretenen Auffassung jedenfalls mehr als die der gegnerischen den Grundsätzen der Billigkeit entsprechen.

§ 23.

Soweit das Gesetz den Empfang solcher empfangsbedürftigen Willenserklärungen durch Vertreter zulässt, knüpft es an denselben eigentümliche Rechtswirkungen. Damit die volle Wirksamkeit eintrete, ist die Genehmigung des Vertretenen erforderlich; bis dieselbe erfolgt ist, befindet sich das ganze Rechtsverhältnis in der Schwebe. Der Erklärende hat jedoch das Recht, um eine Entscheidung herbeizuführen — es finden laut § 180 die Vorschriften über Verträge entsprechende Anwendung —, den Vertretenen zur Erklärung über die Genehmigung aufzufordern;[181]) erfolgt sie nicht innerhalb zweier Wochen nach dem Empfange der Aufforderung, dann gilt sie als verweigert.

Wusste der Erklärende bei Abgabe der Erklärung nicht, dass dem Vertreter die Vertretungsmacht mangele, so statuiert das Gesetz noch eine zweite Vorschrift zu seinen Gunsten, dahin gehend, dass er die Erklärung bis zur Genehmigung seitens des Vertretenen widerrufen und damit denselben Rechtseffekt herstellen kann, als hätte er die Erklärung gar nicht abgegeben.[182]) Dies Widerrufungsrecht steht ihm jedoch nur zu, wenn er den Mangel der Vertretungsmacht bei Abgabe der Erklärung nicht kannte (vom Kennenmüssen gilt hier das Gleiche nicht), ansonst das Rechtsgeschäft bis zur Erklärung des Vertretenen, bezw. dem Ablauf der zwei Wochen in der Schwebe bleibt.

---

[181]) B.G.B. § 177.
[182]) B.G.B. § 178.

Die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung selbst ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung mit alternativem Empfänger — dem Erklärenden oder dem Vertreter.[183])

Im folgenden haben wir darnach zwei Fälle zu unterscheiden: die Wirkungen der vollmachtlosen passiven Vertretung erstens bei erteilter und zweitens bei verweigerter Genehmigung.

1. Genehmigt der Vertreter das durch den Empfang der empfangsbedürftigen Willenserklärung begründete Rechtsgeschäft, so treten die gleichen Rechtswirkungen ein, als wenn die Erklärung von dem Vertreter in den Grenzen seiner Vertretungsmacht empfangen wäre; d. h. die Rechtswirkungen treffen unmittelbar den Vertretenen: und zwar hat diese Genehmigung im Zweifel rückwirkende Kraft.[184])

2. Wie stellen sich nun die Rechtsverhältnisse, wenn die Genehmigung verweigert wird? Zwischen dem Erklärenden und dem Vertretenen entstehen hier überhaupt keine Rechtswirkungen: die von dem Hauswirte dem vollmachtlosen Vertreter des Mieters gegenüber abgegebene Kündigung gilt bei verweigerter Zustimmung des Mieters als überhaupt nicht erfolgt.

Dagegen wird hier ausnahmsweise ein Rechtsverhältnis begründet zwischen dem Erklärenden und dem Vertreter selbst. Es tritt eine Haftpflicht desjenigen ein, der sich als legitimierten, zum Empfange berechtigten Vertreter eines andern ausgab, ohne es in Wahrheit zu sein — mag er dabei den Mangel der Vertretungsmacht gekannt haben oder nicht.[185]) Nur dann ist er von dieser Haftung befreit, wenn er bei Empfang der Erklärung in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war und nicht die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters erhalten hatte, und ferner dann — und zwar liegt ihm die Beweislast dafür ob —, wenn der Erklärende selbst den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste.[186])

Die Berücksichtigung des Kennenmüssens ist eine Neuerung des Bürgerlichen Gesetzbuchs gegenüber dem Entwurf. Was

---

[183]) B.G.B. § 182.
[184]) B.G.B. § 184.
[185]) B.G.B. § 179. 1.
[186]) B.G.B. § 179. 3.

hier unter fahrlässiger Unkenntnis zu verstehen sei, wird in jedem Einzelfalle sorgsam zu erwägen sein. Da der vertretende Erklärungsempfänger hier seinen Vertretungswillen positiv erklärt haben muss, so wird man regelmässig ein Vertrauen auf die Wahrheit dieser Erklärung dem Erklärenden nicht als Fahrlässigkeit anrechnen können und ihm nicht die Verpflichtung auferlegen dürfen, sich noch einen sichereren Beweis von dem Vorhandensein der Vertretungsmacht, z. B. durch Verlangung der Vorzeigung der Vollmachtsurkunde, zu verschaffen. Im Einzelfalle mag ja freilich eine solche Pflicht statuiert werden können; bei der Beurteilung dieser Frage wird ein wesentliches Gewicht auf die Persönlichkeit des Vertreters zu legen sein.

Liegen diese beiden Ausnahmefälle, der beschränkten Geschäftsfähigkeit des Vertreters und des Kennens resp. Kennenmüssens des Mangels der Vertretungsmacht, nicht vor: war also die Vertretungsmacht nicht vorhanden, glaubt der Erklärende einen empfangsberechtigten Vertreter vor sich zu haben, und ist der Vertreter positiv damit einverstanden als solcher betrachtet zu werden, so haftet er dem Erklärenden bei verweigerter Zustimmung des Vertretenen — soweit nicht die Grundsätze über Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen Platz greifen:

1. Wenn er den Mangel der Vertretungsmacht kennt, vielleicht hofft, der Genehmigung des Vertretenen sicher zu sein, für Ersatz des Erfüllungsinteresses (von der Erfüllung selbst wird bei der vollmachtlosen Entgegennahme von einseitigen Rechtsgeschäften wohl nie die Rede sein können), d. h. des Schadens, den der Erklärende durch die Nichterfüllung erlitten hat, und zwar in Geld.[187])

2. Wenn er den Mangel seiner Vertretungsmacht nicht kennt, z. B. über den Umfang seiner Vollmacht im Irrtum ist, nur für Ersatz des Schadens, den der Erklärende dadurch erleidet, dass er auf das Vorhandensein der Vertretungsmacht vertraut, dass er es also beispielsweise nur unterlassen hat, die Kündigung rechtzeitig gegenüber dem Mieter selbst vorzunehmen, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welchen der Er-

---

[187]) B.G.B. § 179. 1. So auch schon im gemeinen Recht; vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Band 6, Seite 216 Nr. 60.

klärende an der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts hat. (Ersatz des s. g. negativen Interesses.)[188])

Mit Recht weist Eck[189]) auf die Unbilligkeit hin, die bei dieser Regelung darin liegt, dass der Erklärende schon bei fahrlässiger Unkenntnis den Ersatzanspruch verliere, während der Vertreter der Wohlthat, nur für das negative Interesse zu haften, bloss dann verlustig gehe, wenn er den Mangel seiner Vertretungsmacht kannte, nicht schon, wenn er ihn kennen musste: „man sollte doch billigerweise den Vertreter noch mehr für verpflichtet halten, die Sachlage zu prüfen, als den Dritten.“ —

Hatte der passive Vertreter dem Erklärenden für die Genehmigung des Vertretenen ausdrücklich gut gesagt, so haftet er natürlich aus dieser Gewährleistung, ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Erklärenden. Es ist dies jedoch eine selbständige Haftung, die nicht in dem Mangel der Vertretungsmacht ihren Grund findet, sondern nur der speziellen Verpflichtung der Gutsage entspringt, die der Vertreter besonders übernommen hat.

§ 24.

Die rechtliche Natur dieser Haftung des *falsus procurator* war gemeinrechtlich sehr bestritten. Auch hierauf müssen wir, mit Rücksicht auf den Umfang unserer Arbeit, uns ein näheres Eingehen versagen, so verlockend und zeitgemäss es auch wäre, alle diese verschiedenen Theorien vom Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuchs aus einer kritischen Betrachtung zu unterziehen.

Hier sei nur soviel bemerkt, dass die gemeinrechtlich von namhaften Juristen verfochtene Auffassung, wonach die Haftung des *falsus procurator* ihren Grund in einer Schuld desselben finde, die darin bestehe, dass der Vertreter, ohne Vertretungsmacht zu haben, eine solche vorgegeben habe, dass also darin mindestens ein fahrlässiges Verhalten seinerseits zu erblicken sei *(culpa in contrahendo)*,[190]) für das Bürgerliche Gesetzbuch völlig unhaltbar ist.

---

[188]) B.G.B. § 179. 2.

[189]) Eck Seite 76.

[190]) So vor Allem v. Ihering, Jahrbücher für Dogmatik, Band 4, Nr. 1, Laband l. c., Dernburg Pandekten II § 10, Mitteis Seite 164 ff.

In Frage käme nur noch die von Windscheid[191]) vertretene Ansicht, mit der im wesentlichen die von Curtius[192]) übereinstimmt, dass in dem Gerieren in fremdem Namen stets ein stillschweigender Garantievertrag liege, des Inhalts, dass dem Vertreter Vertretungsmacht eigen sei; und wenn nun die garantierte Rechtswirkung nicht eintrete, hafte er aus diesem Garantievertrage. Windscheid will diesen Garantievertrag allerdings nur den Verträgen zu Grunde legen, doch liesse er sich in gleicher Weise auch für einseitige Rechtsgeschäfte konstruieren.

Wenn nun auch die Motive von dieser Auffassung auszugehen scheinen,[193]) so lässt sie sich doch unseres Erachtens mit nichten aufrecht erhalten; denn die Annahme eines solchen Garantievertrages kommt ja doch schliesslich nur auf eine reine Fiktion hinaus, und vor allem ist es ganz unerfindlich, wie man nach dieser Theorie die Thatsache erklären will, dass der Vertreter im Falle der Unkenntnis der Vertretungsmacht nur für das negative Interesse haftet. Wenn wirklich ein solcher Garantievertrag zu Grunde läge, und der Vertreter sich damit, wenigstens eventl., für die Erfüllung, bezw. das Erfüllungsinteresse verpflichtete, dann ist es unerklärlich, weshalb im Falle seiner Unkenntnis die Haftpflicht beschränkt oder im Falle der Kenntnis des Erklärenden gar gänzlich wegfallen sollte.

In Wahrheit ist der Rechtsgrund der Haftung des *falsus procurator* im Bürgerlichen Gesetzbuch ein ganz anderer: die Haftung ist ein Ausfluss des deutschrechtlichen Gedankens, dass eine Erklärung — es gilt das sowohl von Abgabe wie von Empfangnahme — über den Willen des Urhebers hinaus wirken könne; es ist eine ausserordentliche Schadensersatzpflicht ohne subjektives Verschulden. Der legislative Grund ist in dem Billigkeitsprinzip zu finden, dass der Veranlasser der Erklärung, auch wenn ihn kein subjektives Verschulden trifft, doch immerhin objektiv für den Schaden eher verantwortlich zu machen ist,

---

191) **Windscheid I, Seite 193.**
192) **Curtius, Archiv für civil. Praxis Band 58, Seite 101 fg.**
193) **Motive I, Seite 244.**

als der auf die Zulässigkeit des von jenem gewählten Erklärungsmittels Vertrauende (Veranlassungs- oder Kausalitätsprinzip).[194])

Der Grund der Haftung des *falsus procurator* ist mithin einzig und allein die Beteiligung an dem Rechtsgeschäft selbst, das er durch eigenes Wollen zustande gebracht und nur in Beziehung auf den Vertretenen nicht verwirklicht hat.[195])

V. Mehrheit von Vertretern.

§ 25.

Nachdem wir bisher nur den Normalfall besprochen haben, die Behandlung der passiven Vertretung bei Vorhandensein eines einzelnen Vertreters, haben wir in folgendem noch näher auf die bereits früher angeregte Frage einzugehen, wie sich die geschilderten Verhältnisse stellen, wenn eine Mehrheit von Personen als Vertreter vorhanden ist. Die Bestellung von mehreren Personen zu Vertretern spielt im praktischen Leben eine gewichtige Rolle. Statthaft ist sie stets, sowohl bei der gewillkürten, wie bei der gesetzlichen Vertretung; nur in ganz vereinzelten Fällen ist bei letzterer, wo es in der Natur der Sache liegt, Vertretung durch eine Vielheit von Personen ausgeschlossen: so ist natürlich neben dem Vater als dem Vertreter des Kindes kraft elterlicher Gewalt jede weitere Vertretung unzulässig. Auch die Mutter ist, solange die elterliche Gewalt des Vaters besteht, von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen.[197a]) Von der Vertretung des Kindes durch die Mutter nach dem Tode des Vaters oder unter den sonstigen Voraussetzungen der §§ 1684, 85 gilt das Gleiche nicht im vollen Umfange; denn hier ist der Beistand, dem auf Antrag der Mutter die Vermögensverwaltung des Kindes ganz oder teilweise übertragen ist,[196]) insoweit auch gesetzlicher Vertreter des Kindes, während daneben der Mutter

[194]) So Kuhlenbeck Seite 414 bezüglich der Schadensersatzpflicht des die Erklärung Anfechtenden. Dasselbe Prinzip liegt auch der Haftung des *falsus procurator* zu Grunde.

[195]) Eck Seite 75. So auch Matthiass Seite 247.

[196]) B.G.B. § 1693.

[197a]) Im gewissen Sinne ist allerdings auch eine Vertretung des Kindes durch dessen Pfleger n e b e n der Vertretung durch den Vater denkbar, z. B. im Falle des § 1638 B.G.B.

die Vertretung bezüglich des von ihr selbst verwalteten Vermögensteiles, sowie die persönliche Vertretung des Kindes bleibt.

Kraft besonderer Gesetzesvorschrift ist es ferner, wenigstens indirekt, ausgeschlossen, dass einer Mehrheit von Personen die Rolle eines gesetzlichen Vertreters in ein und demselben Konkursverfahren übertragen werde.[197])

Auf der andern Seite ist es auch denkbar, dass die Rechtsordnung die Wirksamkeit einer Vertretung geradezu von der Existenz mehrerer Vertreter abhängig mache. Als unbedingtes Erfordernis ist dies nur für die gesetzliche Vertretung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften durch den Vorstand statuiert, der mindestens aus zwei Personen bestehen muss.[198])

Regelmässig wird man auch voraussetzen können, dass in gleicher Weise auch bei den übrigen Gesellschaften des Handelsrechts — es erfordert das das praktische Bedürfnis — die Vertretung einer Mehrheit von Personen übertragen wird. Zwingende Gesetzesvorschrift ist dies jedoch nicht: auch bei der offenen Handelsgesellschaft ist beispielsweise denkbar, dass nur ein einziger von allen Gesellschaftern zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt ist; nur müsste hier der Ausschluss der andern zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet werden. —

§ 26.

Die Uebertragung der Vertretung an eine Mehrheit von Personen kann den verschiedensten Motiven entspringen: es kann einmal der Kreis der abzuschliessenden Geschäfte ein so grosser sein, dass ein einzelner Vertreter füglich nicht im stande ist, ihn allein zu bewältigen; oder der Vertretene hofft durch das Zusammenwirken der mehreren Vertreter seine Interessen besser gewahrt zu sehen, und endlich ist es auch ein geeignetes Mittel für den Machtgeber, besonders bei grossem Umfange der Vertretungsmacht, um den Gefahren eines Missbrauchs der Vertretungsmacht im eigenen Interesse vorzubeugen: diesen Zweck verfolgt in der Regel die Erteilung einer Gesamtprokura im Sinne des H.G.B. § 48, 2.

---

[197]) **Arg. K.O. § 6.**

[198]) **§ 24 Abs. 2 des Gesetzes.**

Diesen Motiven entsprechend ist die Erklärung der Vertretungsmacht an mehrere Personen — sei es durch Gesetz oder Rechtsgeschäft — in zwei Arten denkbar:

1. Jeder der mehreren Vertreter ist allein, ohne Rücksicht auf die andern, zur Vertretung des Machtgebers berechtigt, bezw. verpflichtet (Einzelvertretung).

2. Die mehreren Vertreter können nur in gemeinsamen Rechtsakten den Vollmachtgeber vertreten: die Vertretung durch einen einzelnen von ihnen ist unwirksam (s. g. Gesamt- oder Kollektivvertretung).

Ob im Zweifel die eine oder die andre Vertretungsbefugnis zu präsumieren sei, ist nach dem konkreten Falle zu entscheiden, sofern es an gesetzlichen Vorschriften darüber fehlt.

Welche Vermutung im Zweifel bei Mangel irgend welcher Anhaltspunkte Platz zu greifen habe, war schon für das römische Recht in der Litteratur sehr bestritten.

Vielfach ist die Ansicht vertreten, dass nach demselben die mehreren Personen im Zweifel nur zur Kollektivvertretung berechtigt seien.[199])

Jedoch ergeben sich zu Gunsten dieser Auffassung in den Quellen nicht die geringsten Anhaltspunkte; während die entgegengesetzte Vermutung eine feste Stütze in den Pandekten, wenn auch nur in zwei vereinzelten Stellen, findet.

Es ist hier von dem *institor*, dem Vorläufer unseres heutigen Prokuristen, die Rede, der an die Spitze eines fremden Erwerbsgeschäfts gestellt war, und dem *magister navis*, dem Schiffer, welcher das Schiff eines Dritten, des Rheders, führte.

Dieselben berechtigten und verpflichteten sich zwar aus den Erwerbsgeschäften persönlich; aber der Prätor gab für deren Geschäftsschulden eine *actio institoria* gegen den Handelsherrn und eine *actio exercitoria* gegen den Rheder, wodurch diese neben ihren Angestellten hafteten, und auf diese Weise wurde faktisch die Wirkung einer direkten Vertretung hergestellt.

Die eine dieser Stellen ist die l. 13 D. 14, 1, wo es heisst: *„si plures sint magistri non divisis officiis, quodcumque cum*

---

[199]) So **Behrend I, Seite 368; Mitteis Seite 196 Anm. IV nebst Anm. 287.**

uno gestum erit „obligabit exercitorem“: in Verbindung damit steht die zweite, l. n. § 5 D. 14, 3: *„condicio autem praepositionis servanda est . . . . si plures habuit institores vel cum omnibus simul contrahi voluit vel cum uno solo.“*

Hieraus geht unseres Erachtens unbedenklich hervor, dass, wenn mehrere Vertreter für dasselbe Geschäftsgebiet angestellt waren, ein Dritter giltig mit jedem einzelnen von ihnen kontrahieren konnte, wenn nicht ausdrücklich ausgesprochen war, dass sie nur in ihrer Gesamtheit zur Vertretung des Prinzipals berechtigt sein sollten: die Vermutung spricht mithin für Einzelvertretung.[200]) Es ist unerfindlich, mit welchem Rechte Behrend l. c. die Schlüssigkeit dieser Auffassung leugnet, die aus der ersten der erwähnten Digestenstellen unzweifelhaft hervorgeht und in der zweiten keinen Widerspruch findet.

Eine hiervon abweichende Normierung enthält das Oesterreichische Bürgerliche Gesetzbuch, wo es in § 1001 lautet: „Wird mehreren Bevollmächtigten zugleich ein Geschäft übertragen, so ist die Mitwirkung aller zur Giltigkeit des Geschäfts und Verpflichtung des Machtgebers notwendig, wenn nicht ausdrücklich einem oder mehreren aus diesen die volle Befugnis zu der Vollmacht erteilt ist.“ —

Auf dem Standpunkte des römischen Rechts steht wieder der *code civil.* Art. 1995 spricht zwar nur von der Haftung mehrerer Bevollmächtigter: *„quand il y a plusieurs fondés de pouvoirs ou mandataires établis par le même acte, il n' y a de solidarité entre eux qu'autant qu elle est exprimée.“* Die Frage aber, ob mehrere Bevollmächtigte nur zusammen oder auch einzelne zur Vornahme von Rechtsgeschäften im Namen des Machtgebers berechtigt seien, ist hier nach Analogie der Vorschriften der Art. 1857, 58 zu entscheiden: *„Lorsque plusieurs associés sont chargés d'administration sans que leurs fonctions soient déterminées ou sans qu'il ait été exprimé que l'un ne pourrait agir sans l'autre, ils peuvent faire chacun séparément tous les actes de cette administration. S'il a été stipulé que l'un des administrateurs ne pourra rien*

---

[200]) **Vgl. dazu Seuffert Band 12 (alte Folge) Nr. 60.**

faire sans l'autre, un seul ne peut sans une nouvelle convention agir en absence de l'autre lorsque même que relui-ci serait dans l'impossibilité actuelle de concourir aux actes d'administration." —

Eine Mittelstellung zwischen beiden Präsumtionen nimmt das Allgemeine Landrecht ein:[201]) „Die Handlungen eines von mehreren zu einem Geschäfte bestellten Bevollmächtigten sind allemal giltig, wenn es darauf ankommt, dem Machtgeber Rechte und Vorteile zu erwerben, dagegen wird der Machtgeber durch einseitige Handlungen eines der mehreren Bevollmächtigten wider seinen Willen nicht verpflichtet".

„Es wäre dann nach dem Inhalte der Vollmacht die Absicht des Machtgebers gewesen, die Ausrichtung des Geschäfts mehreren Bevollmächtigten zugleich oder auch jedem von ihnen allein (samt und sonders) zu übertragen."

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält überhaupt keine Bestimmungen über die Vertretung durch mehrere Bevollmächtigte. Laut den Motiven ist die Frage im Einzelfall nach dem mutmasslichen Willen des Vollmachtgebers zu entscheiden. Einen wichtigen Anhaltspunkt für diesen wird auch ein Zurückgreifen auf den Grund bilden, der den Machtgeber zur Bestellung einer Vertretungsmehrheit veranlasst hat. Ist die Bestellung einer solchen nur mit Rücksicht auf den Umfang des Geschäftskreises erfolgt, so wird es vermutlich dem Willen des Vollmachtgebers entsprechen, dass jeder Einzelne zur Vertretung befugt sein solle; wollte dagegen der Machtgeber damit einem Missbrauch der Vertretungsmacht vorbeugen, so dürfte das Gegenteil zu präsumieren sein. Ein unbedingt sicheres Kriterium ist dies freilich auch nicht: insbesondere werden häufig verschiedene Gründe für den Vollmachtgeber zur Erteilung der Vollmacht an mehrere Personen entscheidend gewesen sein.

Wo sich gar keine Anhaltspunkte finden lassen, muss die Analogie eine Aushilfe bieten, indem man die vereinzelten Bestimmungen, die das geltende Recht über die Vertretungsbefugnis mehrerer gesetzlicher Vertreter aufstellt, in geeigneter Weise auf die gewillkürte Vertretung überträgt.

---

[201]) A.L.R. I, 13, §§ 206—208.

Hieraus ergiebt sich nun, dass in der grossen Mehrzahl aller Fälle das Vorhandensein einer Gesamtvertretung gemutmasst wird: so kann der Vereinsvorstand und regelmässig auch der der Stiftungen, der aus mehreren Personen besteht, den Verein bezw. die Stiftung nur in gemeinsamen Rechtsakten vertreten,[202])[211]) ebenso die Liquidatoren des Vereins;[203]) ferner sind im Zweifel nur zur Gesamtvertretung berechtigt die mehreren Gesellschafter, denen durch Gesellschaftsvertrag die Befugnis zur Geschäftsführung zusteht;[204]) sodann kommt in Betracht die Kollektivvertretung seitens mehrerer Vormünder (s. g. Mitvormünder; bei Vorhandensein von Vormund und Gegenvormund ist nur der erstere zur Vertretung berechtigt);[205]) mehrerer Testamentsvollstrecker;[206]) desgleichen ist eine solche angeordnet bei den meisten Gesellschaften des Handelsrechts: für den Vorstand und die Liquidatoren der Aktiengesellschaften,[207]) die Liquidatoren der offenen Handelsgesellschaft,[208]) die Liquidatoren der Kommanditgesellschaft,[209]) die Kommanditgesellschaft auf Aktien,[210]) die Geschäftsführer der Gesellschaft mit beschränkter Haftung,[212]) die Liquidatoren derselben,[213]) und endlich den Vorstand und die Liquidatoren der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.[214]) Zu beachten ist auch das Gesetz betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen vom 4. Dezember 1899, wonach mehrere Vertreter der Gläubiger im Zweifel nur kollektiv zur Vertretung berechtigt sind.[214a]) Hierher gehört auch die Bestimmung, dass, wenn mehreren Personen Prokura erteilt ist,

---

202) B.G.B. §§ 26, 28, 86.
203) B.G.B. § 48.
204) B.G.B. §§ 714, 710, 709.
205) B.G.B. § 1797.
206) B.G.B. § 2224.
207) H.G.B. §§ 232, 294.
208) H.G.B. § 150.
209) H.G.B. §§ 162_2, 150.
210) H.G.B. §§ 331, 320, 150.
211) Vgl. Cosack Seite 104, Crome Seite 243.
212) § 85 des betr. Gesetzes.
213) § 68 dess. Gesetzes.
214) §§ 25, 85 des betr. Gesetzes.
214a) § 14 Abs. 5 des Gesetzes.

dieselben im Zweifel nur gemeinschaftlich den Prinzipal vertreten können.[215]) Dass der gutgläubige Dritte — aber auch nur dieser —, dem das Vorhandensein mehrerer Prokuristen nicht bekannt ist, solange jeden einzelnen rechtswirksam als Vertreter des Prinzipals betrachten kann, bis die Kollektivprokura ins Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht ist,[216]) ist lediglich eine Schutzvorschrift zu seinen Gunsten, die an dem erwähnten Prinzip nichts ändert.

Im Gegensatz hierzu sind präsumtiv zur Einzelvertretung berechtigt jeder Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft[217]) und jeder persönlich haftende Gesellschafter der Kommanditgesellschaft,[218]) sowie der Kommanditgesellschaft auf Aktien.[219]) Eine prozessuale Sonderbestimmung ist es endlich noch, dass mehrere Prozessbevollmächtigte berechtigt sind, die Partei sowohl gemeinschaftlich als einzeln zu vertreten;[220]) und zwar ist diese Vorschrift zwingender Natur, indem eine abweichende Bestimmung der Vollmacht dem Gegner und überhaupt jedem Dritten gegenüber keine rechtliche Wirkung hat.

Es erhellt aus der gegebenen Uebersicht, dass die Vermutung in der grossen Mehrheit der Fälle und im Bürgerlichen Gesetzbuch stets, soweit der Fall der Vertretung durch mehrere Personen überhaupt berücksichtigt wird, für das Vorhandensein einer Gesamtvertretung spricht. Ein solche ist jedoch niemals bindend und kann stets durch Gesellschaftsvertrag bezw. Verfassung oder Obrigkeit abgeändert werden,[220a]) wie andrerseits auch bei den Gesellschaften des Handelsrechts, bei denen präsumtive Einzelvertretung vorliegt, die Einzelvertretung durch Ein-

---

[215]) **H.G.B. § 48.**

[216]) **H.G.B. §§ 53, 15.**

[217]) **H.G.B. § 125.**

[218]) **H.G.B. §§ 161, 125.**

[219]) **H.G.B. §§ 320, 161, 125.**

[220]) **C.P.O. § 84.**

[220a]) **Eine Ausnahme gilt nur für den Vorstand und die Liquidatoren der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, die nur kollektiv,** mindestens in der Zweizahl, **die Gesellschaft vertreten können (vgl. §§ 25 und 85 des betr. Gesetzes).**

tragung ins Handelsregister in eine Gesamtvertretung umgewandelt werden kann.

Es wird dem Gedanken des Gesetzgebers entsprechen, die Grundsätze über die präsumtive Gesamtvertretung im Zweifel auch auf die gewillkürte Vertretung zu übertragen; jedoch nur da, wo irgend welche anderen Anhaltspunkte fehlen. Eine derartige Regelung entspricht auch der Billigkeit und wird den praktischen Bedürfnissen gerecht; denn es lehrt die Erfahrung, dass in der grossen Mehrheit aller Fälle die Absicht der Machtgeber darauf gerichtet ist, die mehreren Vertreter nur zu gemeinsamem Handeln zu ermächtigen.

Auch die Regelung des Allgemeinen Landrechts ist wenig empfehlenswert, denn erstens ist es ungerecht, dass eine zu Gunsten des Vollmachtgebers geltende Bestimmung nicht auch zu seinen Lasten Platz greifen sollte. Und überdies liegt auch nicht immer der Erwerb eines Vorteils so sehr im Interesse des Prinzipals, dass deshalb eine Ausnahme von einem sonst statuierten Prinzip gemacht werden sollte.

Natürlich ist von der präsumtiven Kollektivvertretung der Fall auszunehmen, wo jedem der Vertreter ein bestimmter Geschäftskreis angewiesen ist,[221]) wie z. B. die Vertretung des Kindes durch Mutter und Beistand.[221a]) Hier ist es stets vorauszusetzen, dass innerhalb dieses Geschäftskreises — aber auch nur darin —, jeder der Vertreter zur alleinigen Vertretung befugt sein solle.

Mit der Frage nach der Vertretungsbefugnis der mehreren Vertreter darf nicht die nach dem inneren Rechtsverhältnis der Vertreter untereinander verwechselt werden, wie also z. B. bei der Gesamtvertretung eine Einigung der mehreren Vertreter zu erzielen sei, bezw. ob bei mangelnder Einigung die in Frage stehende Handlung überhaupt zu unterbleiben habe.

Für Vereine und Stiftungen besteht in dieser Beziehung die dispositive Vorschrift, dass, wenn über eine Massregel eine ordnungsmässige Vorstandssitzung stattgefunden hat, die einfache Mehrheit der in der Sitzung erschienenen Vorstandsmitglieder die Massregel rechtsgiltig beschliessen und ausführen könne.[222])

---

221) So z. B. l. 1 § 13 D. 14, 1.

221a) B.G.B. § 1797, 2.

Doch betrifft es eben nur das Verhältnis nach innen; nach aussen tritt auch hier der ganze Vorstand als solcher auf, indem durch das Majoritätsprinzip die Minderheit sich dem Beschluss der Mehrheit unterwerfen muss: ein einzelnes Vorstandsmitglied oder auch ein Teil desselben ist im Namen der Körperschaft aufzutreten nicht befugt; es sei denn, dass die übrigen Mitglieder ihm schriftlich zustimmen.[223])

In den übrigen Fällen aber ist regelmässig auch im internen Verhältnis, entsprechend dem römisch-rechtlichen System der Vorherrschaft des Individualwillens,[224]) die Einstimmigkeit aller Vertreter zu verlangen, widrigenfalls das fragliche Geschäft unterbleiben muss. Ein solches gilt kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift für die Liquidatoren der Körperschaften des bürgerlichen Rechts, ferner bei sämtlichen Gesellschaften des Handelsrechts, soweit Gesamtvertretung vorliegt; auch bei der offenen Handelsgesellschaft, falls durch Gesellschaftsvertrag bestimmt ist, dass die mehreren Gesellschafter nur gemeinsam zur Vertretung der Gesellschaft befugt sein sollen.

Dies wird man auch, als dem Wesen der Gesamtvertretung entsprechend, bei der gewillkürten Kollektivvertretung zu präsumieren haben, es sei denn, dass der Vollmachtgeber in solchen Fällen die Entscheidung sich selbst vorbehalten oder einem beliebigen Dritten übertragen hat. Eine in dieser Weise gestaltete gesetzliche Regelung finden wir z. B. bei Vertretung des Mündels durch eine Mehrheit von Vormündern, indem bei Meinungsverschiedenheit derselben im Zweifel das Vormundschaftsgericht entscheidet,[225]) ebenso bei mehreren Testamentsvollstreckern,[226]) wo das Nachlassgericht einzugreifen hat. Auch hier treten nach aussen die Mitvormünder und Testamentsvollstrecker als Gesamtheit auf und handeln kraft gemeinsamen Beschlusses, der nur infolge mangelnder Einigung durch die Behörde ergänzt werden muss. Denkbar ist es auch, dass nach dem Willen des Voll-

---

[222]) B.G.B. §§ 28, 32, 86.
[223]) Vgl. auch B.G.B. §§ 714, 710, 709.
[224]) Crome Seite 243.
[225]) B.G.B. § 1797, 1.
[226]) B.G.B. § 2224, 1.

machtgebers bei Meinungsverschiedenheit ein einzelner, bestimmter Vertreter den Ausschlag geben solle: auch dieser Fall ist wohl von der Einzelvertretung zu unterscheiden. Endlich kann noch die Bestimmung getroffen werden, dass von mehreren Vertretern immer eine bestimmte Anzahl zum gemeinsamen Handeln berechtigt sein solle, eine Bestimmung, die häufig bei der Vertretung der offenen Handelsgesellschaft durch die Gesellschafter vorkommt. Auch pflegt es in der Praxis nicht selten zu geschehen, dass ein Kaufmann mehreren Personen in der Weise Prokura erteilt, dass immer nur zwei und zwei von ihnen zur Vertretung berechtigt sein sollen. Hier können die so Bevollmächtigten natürlich die fraglichen Geschäfte vornehmen ohne Rücksicht auf ihre Mitvertreter, da sie ja zu einem solchen gemeinsamen Handeln Vertretungsmacht haben.

Lediglich das innere Verhältnis der mehreren Vertreter betrifft es auch, wenn bei der Einzelvertretung jeder Vertreter die fragliche Handlung bei Widerspruch eines Mitvertreters unterlassen muss: *„prohibentis melior condicio“*.[227]) Hier muss zwar im Falle des Widerspruchs das beabsichtigte Rechtsgeschäft unterbleiben: der nach Ausführung des Geschäfts aber von dem einzelnen erhobene Widerspruch ist wirkungslos.[228])

Je nachdem die mehreren Vertreter zur Einzel- oder Gesamtvertretung befugt sind, bestimmt sich die Wirkung der durch sie vorgenommenen Rechtsgeschäfte. Ist jeder einzelne vertretungsberechtigt, so ist das rechtlich wie thatsächlich dasselbe Verhältnis, als wenn er alleiniger Vertreter wäre. — Die Folge davon jedoch, dass die Vertretungsmacht sich in mehreren Personen darstellt, ist die Notwendigkeit des Zusammenwirkens aller mit Gesamtvertretungsmacht versehenen Personen, um ein giltiges, für den Prinzipal bezw. die Körperschaft, Gesellschaft etc. verbindliches Geschäft zustande zu bringen. An der Nicht-Mitwirkung auch nur eines Vertreters scheitert die Wirksamkeit des ganzen Geschäfts. Auch bei Gefahr im Verzuge wird davon keine Ausnahme zu machen sein, es sei denn, dass für diesen Fall ausdrücklich eine Sonderbestimmung statuiert ist.

---

227) z. B. B.G.B. § 711, H.G.B. § 115.

228) So auch Fischer-Henle zu § 711 Anm. 2 Seite 328.

Dem Wesen der Gesamtvertretung widerspricht es auch, dass die mehreren Vertreter ihre Vertretungsmacht als solche oder einen Teil derselben auf einen einzelnen von ihnen übertragen dürfen. Die diesbezüglichen Bestimmungen der §§ 125, 232 H.G.B. sind Ausnahmevorschriften, welche speziell mit Rücksicht auf das praktische Bedürfnis, namentlich auch auf das mit den Gesellschaften verkehrende Publikum erlassen sind und keineswegs über ihr besonderes Anwendungsgebiet ausgedehnt werden dürfen.[229]) — Wohl aber ist es den mehreren Vertretern gestattet, die Ausführung eines einzelnen bestimmten Geschäfts, das von ihnen in der gehörigen Weise beschlossen worden ist, einem einzelnen von ihnen zu übertragen; und in allen Fällen ist auch das Handeln des einzelnen verbindlich, wenn die andern eingewilligt haben oder genehmigen.[230]) Solche Einwilligung muss jedoch in jedem einzelnen Falle, und darf nicht etwa generell erteilt werden. — Nach allgemeinen Grundsätzen ist auch zu sagen, dass die Uebereinstimmung aller Vertreter bei Vornahme des Rechtsgeschäfts keine ausdrückliche zu sein braucht; ein solches ist nur erforderlich, wenn das Rechtsgeschäft an bestimmte Formen geknüpft ist; wo das nicht der Fall ist, ist auch bei Gesamtvertretung nicht eine von jedem Vertreter abzugebende ausdrückliche Erklärung notwendig; ob eine Uebereinstimmung vorliegt, richtet sich nach allgemeinen Regeln und kann demnach auch aus konkludenten Handlungen entnommen werden. Handelt einer der Gesamtvertreter ohne die erforderliche Uebereinstimmung der übrigen, so ist das Rechtsgeschäft nach den Grundsätzen über Vertretung ohne Vertretungsmacht zu beurteilen. —

§ 27.

Nachdem wir nun die allgemeinen Grundsätze über Vertretung bei Mehrheit von Vertretern kennen gelernt haben, kommen wir auf die Beantwortung der Frage, wie sich die angegebenen Verhältnisse hinsichtlich der passiven Vertretung, also

---

[229]) So auch Entscheidungen des vormaligen Reichsoberhandelsgerichts (R.O.H.G.) Bd. 12 Seite 34. A. M. Makower Seite 90.

[230]) R.O.H.G. Bd. 17, Seite 402.

bei der Abgabe, bezw. dem Empfange von empfangsbedürftigen Willenserklärungen stellen.

Für die Einzelvertretung zunächst ergeben sich auch hier keine Sonderbestimmungen. Die Willenserklärung, die einem Vertreter gegenüber abgegeben und von ihm empfangen ist, wird sofort für den Prinzipal rechtswirksam. Die Person der andern Vertreter bleibt hier faktisch wie rechtlich ausser Betracht: wo die Kenntnis von Thatsachen des Vertreters bedeutsam ist, kommt eine solche nur auf seiten des Erklärungsempfängers in Betracht; hat der Prinzipal dem einen Vertreter Weisungen gegeben, dem andern nicht, so treten die Folgen dieser Instruktion nur dann ein, wenn die Erklärung dem Instruierten gegenüber abgegeben wird. —

Wie steht es nun aber mit der Abgabe bezw. dem Empfange von empfangsbedürftigen Willenserklärungen, wenn der Beteiligte von einer Mehrheit nur zur Kollektivvertretung berechtigter Personen vertreten wird? Ist dann die Abgabe gegenüber dieser Gesamtheit zur Wirksamkeit der Erklärung erforderlich?

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat diese Frage nur in § 28, 2, der nach § 86 auch auf die Stiftungen anzuwenden ist, für die gesetzliche Vertretung der Vereine geregelt:

„Ist eine Willenserklärung dem Vereine gegenüber abzugeben, so genügt die Abgabe gegenüber einem Mitgliede des Vorstands."

Das gleiche gilt nach § 48 auch bezüglich der Liquidatoren.

Analoge Bestimmungen finden wir im Handelsgesetzbuch wieder.

§ 125 H.G.B. Absch. 2 Satz 3: „Ist (im Falle der Gesamtvertretung) der (offenen Handels-) Gesellschaft gegenüber eine Willenserklärung abzugeben, so genügt die Abgabe gegenüber einem der zur Mitwirkung bei der Vertretung befugten Gesellschafter".

Das gleiche gilt nach § 125 Abs. 3, wenn ein Gesellschafter nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung befugt ist. — Ferner bestimmt § 150 Abs. 2 Satz 3 H.G.B.:

„Ist (bei Mehrheit von Liquidatoren) der Gesellschaft gegenüber eine Willenserklärung abzugeben, so findet die Vorschrift des § 125 Abs. 2 Satz 3 entsprechende Anwendung."

Analog sind diese Vorschriften bei Abgabe von Willenserklärungen gegenüber mehreren gesamtvertretungsberechtigten persönlich haftenden Gesellschaftern der Kommanditgesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien sowie gegenüber den Liquidatoren derselben anzuwenden (§§ 161, 320 H.G.B.).

In Betracht kommt sodann noch § 232 Abs. 1 Satz 3 H.G.B.: „Ist eine Willenserklärung der (Aktien-) Gesellschaft gegenüber abzugeben, so genügt die Abgabe gegenüber einem Mitgliede des Vorstands"; ebenso bei der Liquidation gemäss § 298.

Endlich finden wir dieselbe Bestimmung noch in § 35 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzes, betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung:

„Ist der Gesellschaft gegenüber eine Willenserklärung abzugeben, so genügt es, wenn dieselbe an einen der Geschäftsführer erfolgt."

Damit sind die positiven Bestimmungen des geltenden Rechts erschöpft. Zu bemerken ist noch, dass die sämtlichen diesbezüglichen Vorschriften des Handelsgesetzbuchs erst neuestens, gelegentlich der Revision desselben, eingefügt sind.

Wir haben uns nun zu fragen, ob diese Bestimmungen nur als Sondervorschriften zu betrachten sind und nicht über ihr natürliches Anwendungsgebiet hinaus ausgedehnt werden dürfen, oder ob diesen vereinzelten Bestimmungen ein allgemeiner Rechtsgedanke zu Grunde liegt, der zu verallgemeinern und auf die übrigen, vom Gesetz nicht geregelten Fälle, wie z. B. bei der gesetzlichen Vertretung der Mitvormünder und Testamentsvollstrecker und der gewillkürten Vertretung, z. B. der Kollektivprokuristen, zu übertragen ist.

Will man eine Gesetzesvorschrift auf dem Wege der Analogie ausdehnen, so ist es das erste Erfordernis, sich über ihren legislativen Grund und ihre Bedeutung klar zu werden.

Wo ist nun der Rechtsgrund dieser Bestimmungen zu suchen; was kann den Gesetzgeber veranlasst haben, hier eine Ausnahme von dem Prinzip der Gesamtvertretung zu statuieren?

Da ist zu bemerken, dass in erster Linie wohl das praktische Bedürfnis und die Verkehrssicherheit bestimmend gewesen sein werden. Man vergegenwärtige sich: der Vorstand einer grossen Körperschaft besteht häufig aus zehn und noch mehr Mitgliedern. Zu welchen Konsequenzen würde es führen, und welche unerträgliche Uebelstände mit sich bringen, wenn beispielsweise der Grundstückseigentümer, der der Körperschaft eine Hypothek kündigen will, gezwungen wäre, die Namen aller einzelnen Mitglieder ausfindig zu machen und jedem besonders die Kündigungserklärung abzugeben! Dass solche Bestimmungen den Bedürfnissen des praktischen Lebens direkt ins Gesicht schlügen, erhellt ohne weiteres. Dem dringendsten Bedürfnis in dieser Beziehung hilft freilich der erwähnte § 132 B.G.B. ab, wonach die Abgabe einer Willenserklärung nach Massgabe der für die Zustellung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten geltenden Vorschrift durch Vermittlung des Gerichtsvollziehers geschehen kann,[231]) in Verbindung mit § 171 C.P.O., der lautet:

„Bei mehreren gesetzlichen Vertretern (von nicht prozessfähigen Personen), sowie bei mehreren Vorstehern (von Behörden, Gemeinden und Korporationen, sowie bei Vereinen, welche als solche klagen und verklagt werden) genügt die Zustellung an einen derselben.“[232])

Man wird es jedoch andrerseits nicht einem jeden, der es mit solcher Körperschaft zu thun hat, zumuten können, die Hilfe eines Gerichtsvollziehers in Anspruch zu nehmen. Abgesehen von den Kosten, die eine solche Inanspruchnahme der Gerichte verursacht, würde auch das durchaus nicht den praktischen Bedürfnissen des Verkehrs entsprechen, wenn man zur Abgabe einer jeden, an sich vielleicht noch so unbedeutenden Willenserklärung einen solchen, doch immerhin ziemlich umständlichen Apparat in Bewegung setzen müsste. —

Wenn somit die erwähnten Bestimmungen ein unbedingtes Erfordernis des praktischen Lebens sind, so darf auf der andern Seite freilich auch nicht das Interesse des Beteiligten, des Vertretenen, der die Gesamtvertretung bestellt hat, bezw. zu dessen

---

231) Vgl. § 4 des Textes.

232) Vgl. Motive I, Seite 98.

Gunsten sie bestellt ist, ausser acht gelassen werden. Wir haben somit weiter zu fragen: kann es im Interesse des Vertretenen liegen, dass für ihn bestimmte empfangsbedürftige Willenserklärungen nur der Gesamtheit seiner Vertreter gegenüber abgegeben werden? Ist ein solches überhaupt mit der Natur und dem Wesen der Gesamtvertretung vereinbar?

Wir haben gesehen, dass die Bestellung einer Kollektivvertretung vor allem den Zweck verfolgt, bei der unter Umständen sehr grossen Machtvollkommenheit des Vertreters, der Gefahr vorzubeugen, dass dieselbe im eigenen Interesse missbraucht werde. Zudem soll sie dem Vertretenen eine gewisse Gewähr dafür bieten, besonders, wo es sich um die Abwicklung schwieriger Geschäfte handelt, dass seine Interessen besser wahrgenommen werden, indem vor allem durch das Zusammenwirken der Vertreter die Gefahr einer Uebervorteilung seitens des andern Kontrahenten nicht so nahe liegt, wie es bei einem einzelnen der Fall wäre, der vielleicht nicht im stande wäre, gleich im Augenblick die ganze Sachlage zu überschauen.

Liegt nun ein gleiches Schutzbedürfnis bei der passiven Vertretung vor? Ist es überhaupt möglich, dass, wo es sich um den Empfang von Willenserklärungen handelt, das Interesse des Prinzipals besser gewahrt wird, wenn Erklärungsempfänger eine Mehrheit von Personen, als wenn es eine Einzelperson ist?

Die Frage ist ganz entschieden zu verneinen.

Mehrere Vertreter können durch ihr Zusammenwirken nur da für den Vertretenen eine günstigere Rechtslage erzeugen, als es vielleicht eine Einzelperson vermöchte, wo es sich um ein Entschlussfassen handelt. Ein solches ist aber nur beim aktiven Handeln erforderlich; durch die alleinige Thatsache des Empfangs einer empfangsbedürftigen Willenserklärung wird doch niemals in die Hände des Vertreters eine Entscheidung gelegt, die einen besonderen, für den Prinzipal verbindlichen Entschluss erheischt. Die Gesamtvertretung kann sich überhaupt ihrer Natur nach nur auf ein Handeln, ein Zusammenwirken in aktiven Rechtsakten beziehen, eine Ansicht, die auch schon im früheren Rechte herrschend geworden war. Auch das Reichsgericht hat es stets in Uebereinstimmung mit der herrschenden Doktrin angenommen,

dass von Kollektivvertretung nur die Rede sein könne, wo ein gemeinschaftliches Handeln in Frage komme, dass dagegen, z. B., wo die Kenntnis von Thatsachen oder sonstige für die Willenserklärung erhebliche innere Zustände in Betracht kämen, welche als solche nach den Normen des objektiven Rechts Einfluss auf die Gestaltung des durch die Willenserklärung begründeten Rechtsverhältnisses ausübten, wie *mala fides, dolus* etc. die natürliche oder juristische Person durch jeden einzelnen der Kollektivvertreter vertreten werde, in dem Sinne, dass seine Kenntnis in gleicher Weise dem Vertretenen zugerechnet werde, als wenn er alleiniger Vertreter gewesen wäre; denn er hätte seine Kenntnis den Mitvertretern nicht vorenthalten dürfen, und die Nachteile dieses schuldhaften Verhaltens müssen billigerweise dem Vertretenen und nicht dem gegenüberstehenden Dritten aufgebürdet werden.[233]) Haben also zwei kollektivberechtigte Vertreter Rechtsakte für den Prinzipal vorgenommen, so genügt die Kenntnis von Thatsachen auch nur eines von ihnen, um die Unredlichkeit des Prinzipals zu begründen: dass sich dieses, allgemeinen Grundsätzen von Treu und Glauben entspringenden Gedankens schon die Römer bewusst waren, ergiebt die l. 14 D. 50, 1, wo es heisst: *„municipes intelleguntur scire, quod sciant hi, quibus summa rei publicae commissa est“.*

Es ist klar, dass auch eine diesbezügliche abweichende Vereinbarung als *contra bonos mores* unverbindlich wäre.

Demgegenüber ist die ganz vereinzelte Ansicht Rings[234]) — er spricht freilich nur von dem Vorstande der Aktiengesellschaften — „das einzelne Vorstandsmitglied stelle nach Gesetz und Statut den Vorstand überhaupt nicht dar, daher sei sein Wissen kein Wissen des Vorstandes und insofern kein Wissen der Gesellschaft“, nicht stichhaltig.[234a]) Es liegt darin eine Ver-

---

[233]) So auch Bolze 1, Nr. 1186, 3 Nr. 439, 4 Nr. 807, 7 Nr. 951, 16 Nr. 231. Seuffert Bd. 10 (n. F.) Seite 398, Bd. 19 (n. F.) Seite 190. Gruchot Bd. 29 S. 703 ff. Behrend Bd. 1 S. 846. Bic S. 46. Tolle S. 40.

[234]) Ring Seite 540, 41.

[234a]) Im Prinzip scheint Ring auch heute noch auf diesem Standpunkte zu stehen, wenn er auch gerade bezüglich der Aktiengesellschaften gegenüber den positiven Bestimmungen der *lex lata* seine Ansicht nicht mehr aufrechterhalten kann, vgl. Lehmann-Ring Bd. 1, zu § 232 Anm. 5.

kennung des Wesens und der Bedeutung der Gesamtvertretung, die — mag sie nun gesetzlich oder statutarisch sein — stets nur eine Sicherung des Vertretenen im Auge hat, und infolgedessen rechtlich überhaupt nur in den Grenzen des durch sie verfolgten Zweckes existiert. Eine Thatsache, die in gar keinem Zusammenhange damit steht, die ganz ausserhalb dieses Zweckes liegt, kann auch nicht unter den Begriff der Gesamtvertretung fallen. Hier ist vielmehr jeder der berechtigte und verpflichtete Vertreter.

Nun ist hierbei freilich zu betonen, dass im Empfange von Erklärungen — ich kann da auf meine früheren Ausführungen verweisen — mehr liegt als ein blosser innerer, rechtserheblicher Zustand, wie von solchen bei den angeführten Reichsgerichtsentscheidungen immer nur die Rede ist. Es entsteht ein geistiges Band zwischen dem Erklärenden und dem passiven Vertreter; der Empfang soll auf das weitere Verhalten des Empfängers bestimmend einwirken. Es muss insofern ein Wille da sein, während das blosse Wissen einer Thatsache vom Willen unabhängig ist. Es wird in ihm Verständnis von der durch ihn geschaffenen Rechtslage vorausgesetzt. Aber auch dies fällt nicht unter den mit der Bestellung einer Kollektivvertretung verbundenen Zweck. Verständnis ist bei jedem einzelnen vorauszusetzen, der überhaupt die Rolle eines Vertreters übernehmen kann. Das Vorhandensein von mehreren Personen ist hierauf völlig einflusslos. Durch die alleinige Thatsache des Empfanges kann niemals der Vertreter eine Rechtslage herbeiführen, die sich für den Vertretenen beim Empfange durch mehrere Vertreter anders, günstiger gestalten könnte. Ein innerlicher Vorgang, ein Erwägen — und das ist gerade das entscheidende Moment der Kollektivvertretung —, das ihn zu einem bestimmten Entschlusse führen soll, ist für den passiven Vertreter niemals erforderlich.

Wird einem der Gesamtvertreter gegenüber eine empfangsbedürftige Willenserklärung abgegeben, zu deren Empfange der Vertretene verpflichtet ist, wie z. B. eine Kündigung oder Mahnung, so ist zwar durch die Thatsache des Empfanges eine Veränderung der Rechtslage herbeigeführt, und insofern muss der Empfänger

Erkenntnisfähigkeit besitzen: eine Entscheidung nach der einen oder andern Seite wird jedoch nicht in seine Hand gelegt. Erklärt z. B. der Schuldner einem der Gesamtvertreter des Gläubigers, dass er die Forderung aufrechne, so ist es Pflicht des Vertreters, zu prüfen, ob die Gegenforderung überhaupt existiert, ob sie fällig und gleichartig ist, und daher ist Verständnis auf seiner Seite erforderlich. Eine von seinem freien Willen abhängige Entscheidung hat er aber auch hier nicht zu treffen.

Das Gleiche gilt von den empfangsbedürftigen Willenserklärungen im Thatbestande des Vertrages. Wenn jemand einer durch mehrere Kollektivvertreter vertretenen Person eine Offerte machen will, so genügt es, sie einem derselben gegenüber abzugeben. Die Willenserklärung gilt als abgegeben, wenn sie nur von diesem einen empfangen ist, und der Offerent ist damit gebunden. Eine Entscheidung liegt dem Erklärungsempfänger jedoch nicht ob: eine solche wird nur durch die Annahme bezw. Ablehnung des Antrags begründet. Dazu ist aber der Empfänger für seine Person nicht berechtigt, in der Annahme einer Offerte liegt ein aktives Handeln, zu dem nach dem Zwecke der Gesamtvertretung ein Zusammenwirken der Kollektivvertreter erforderlich ist. Nimmt der Empfänger die Offerte an, so ist diese Annahme nach den Grundsätzen über Vertretung ohne Vertretungsmacht zu beurteilen. Dasselbe gilt auch von der Annahme von Vertragsofferten gegenüber einem Kollektivvertreter. Hier ist der vom freien Willen abhängige Entschluss, nämlich die Offerte, dem Empfange vorausgegangen; und die Offerte konnte nur wirksam sein, wenn sie von sämtlichen Kollektivvertretern gemacht war.

Da somit durch den blossen Empfang einer empfangsbedürftigen Willenserklärung seitens eines Gesamtvertreters niemals eine Gefährdung des Vertretenen zu besorgen ist — von dolosem Verhalten des Erklärungsempfängers muss hier natürlich abgesehen werden —, die bei Empfang durch alle Gesamtvertreter hätte verhütet werden können, und infolgedessen der mit der Bestellung einer Gesamtvertretung verknüpfte Zweck bei der passiven Vertretung völlig unberührt bleibt, so muss auch allemal die Abgabe einer empfangsbedürftigen Willens-

erklärung gegenüber einem einzelnen Kollektivvertreter rechtswirksam erfolgen können.

Die erwähnten Reichsgerichtsentscheidungen sind somit zu eng, wenn sie nur von Willensmängeln und Kenntnis von Thatumständen sprechen; und direkt irrig ist die angeführte, bei Gruchot[235]) zitierte Entscheidung, die das entscheidende Kriterium bei der Gesamtvertretung darin erblickt, dass es sich bei derselben um eine Uebereinstimmung im Willen, nicht aber um einen blossen Zustand handle, und es direkt ausspricht: „dass von einer Kollektivvertretung der Natur der Sache nach überhaupt nur die Rede sein könne, soweit ein stellvertretendes Handeln der Vorstandsmitglieder stattfinde, möge dasselbe nun in der Abgabe von Willenserklärungen oder in der Entgegennahme gegnerischer Erklärungen bestehen.“

Man wird vielmehr unseres Erachtens dem Begriff und Zwecke nach von Gesamtvertretung nur da reden können, wo ein gemeinsames Handeln der Vertreter vorliegt, d. h. in ihre Hand eine von ihrem freien Willen abhängige Entscheidung gelegt ist.

Mithin kommen wir zu dem Resultate, dass die Vorschrift des § 28 Abs. 2 B.G.B. sowie die erwähnten Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs analog auf alle Fälle auszudehnen sind, bei denen es sich um Abgabe einer Erklärung gegenüber einem zur Gesamtvertretung berechtigten Vertreter handelt.[236])

Dass diese Vorschrift zwingender Natur ist, ergiebt sich für Vereine und Stiftungen aus § 40 *per argumentum e contrario* (während der Entwurf hier nur von solchen Willenserklärungen sprach, zu deren Empfang der Verein verpflichtet sei, hat das Bürgerliche Gesetzbuch die Bestimmung mit Recht auf alle empfangsbedürftigen Willenserklärungen ausgedehnt), und im übrigen aus der *ratio legis*. Mit Recht bemerkt Kuhlenbeck,[237]) zunächst allerdings nur von der Vertretung der Vereine, was er aber an einer späteren Stelle auf die passive Vertretung

---

[235]) **Gruchot Bd. 29, Seite 703 ff.**

[236]) **In diesem Sinne auch Düringer und Hachenburg S. 176, Staub Seite 403, Makower Seite 90, Kuhlenbeck Seite 480.**

[237]) **Kuhlenbeck Seite 205 und 480.**

überhaupt ausdehnt: „Wieweit der Vorstand Sprechorgan des Vereins sein soll, darüber kann die Vereinsautonomie bestimmen, die Verkehrssicherheit aber verlangt, dass als Seh-, Hör- und Empfangsorgane des Vereins jedes Mitglied seines Vorstandes gelte . . . . . Der Verein kann sich dagegen durch keinerlei abweichende statutarische Vorschrift, z. B. auch nicht durch Anordnung einer Kollektivvertretung, schützen.“ —

Was von den Vereinen gilt, ist auf alle Gesamtvertretungsverhältnisse analog anzuwenden. Eine Bestimmung des Vollmachtgebers beispielsweise, dass alle ihn betreffenden Willenserklärungen gegenüber seinen sämtlichen kollektivberechtigten Vertretern abgegeben werden müssten, wäre als mit dem Thatbestande der Gesamtvertretung unvereinbar, unverbindlich.

Freilich steht es ja jedem, auch in der Regel jeder Körperschaft frei — soweit nicht auch dieses, wie bei Vereinen und Stiftungen, kraft zwingender Gesetzesvorschrift unstatthaft ist —, bestimmte Mitglieder des Vorstandes von dem Recht zur Empfangnahme von Willenserklärungen auszuschliessen. Das wäre eben teilweiser Ausschluss von der Vertretung und demnach, z. B. bei den Gesellschaften des Handelsrechts, registerpflichtig.[238])

Mindestens muss aber einem der Gesamtvertreter die passive Vertretungsmacht bleiben. Ist das nicht der Fall, ist z. B. auch ausdrücklich passive Gesamtvertretung — wenn man so sagen darf — angeordnet, so wäre das gleichbedeutend mit dem Ausschluss sämtlicher Gesellschafter von der Vertretung oder einem Teile derselben, und eine Handelsgesellschaft ohne Vertreter ist rechtlich unmöglich.

Wir tragen infolgedessen keine Bedenken, eine solche Bestimmung für völlig unverbindlich zu erklären und die Abgabe der Erklärung gegenüber einem Gesellschafter genugsam sein zu lassen. Daneben steht es ja freilich jedem frei, um etwaige Weiterungen zu vermeiden, zu solchem Zwecke die Hilfe eines Gerichtsvollziehers in Anspruch zu nehmen: die Bestimmung des § 171 C.P.O. ist zwingender Natur und durch Parteiwillkür unabänderlich. Die dadurch entstandenen Mehrkosten wären aber

---

[238]) z. B. H.G.B. §§ 125, 4 in Verbindung mit 15.

entschieden der Gesellschaft zur Last zu legen, da sie durch ihre Schuld veranlasst sind.

Hat eine Privatperson, z. B. ein Kaufmann, eine Gesamtvertretung bestellt, mit der ausdrücklichen Bestimmung, dass dieselben zum Empfange von Willenserklärungen nur gemeinschaftlich ermächtigt sein sollen, so kann einer solchen Bestimmung natürlich nicht zuwider die Erklärung mit Wirksamkeit gegenüber einem der Vertreter abgegeben werden: denn die Einsetzung einer solchen Vertretung hängt doch allemal nur von der Willkür des Vollmachtgebers ab. Ein solcher Fall würde rechtlich so zu behandeln sein, als ob überhaupt kein Vertreter existierte; denn es verstiesse direkt wider Treu und Glauben, um es nochmals zu betonen, von jemandem, der mir eine Erklärung abzugeben hat, zu verlangen, dass er an jeden einzelnen meiner Vertreter eine besondere Erklärung richten solle: ist also die Abgabe der Erklärung gegenüber dem Vollmachtgeber selbst unmöglich, z. B., weil sein Aufenthalt unbekannt ist, so sind, trotz Vorhandenseins der Kollektivvertreter, die Voraussetzungen des § 132, 2 B.G.B. gegeben, und die Zustellung kann nach den für die öffentliche Zustellung einer Ladung geltenden Vorschriften der Civilprozessordnung erfolgen.

§ 28.

Wenn wir im vorigen Paragraphen zu dem Ergebnis gekommen sind, dass auch bei Körperschaften die Abgabe der Willenserklärungen stets gegenüber einem Mitgliede des Vorstandes genüge, so gilt das natürlich nur von den Körperschaften des Privatrechts. Auch hinsichtlich der Korporationen des öffentlichen Rechts eine solche Bestimmung zu treffen, hiesse ein Eingriff des Privatrechts in das öffentliche Recht. Auch ist zu bedenken, dass Vorstände der öffentlich-rechtlichen juristischen Personen nicht selten aus einer so grossen Anzahl von Personen bestehen, dass keine genügende Garantie vorhanden ist, dass die Abgabe gegenüber einem Mitgliede desselben auch zur Kenntnis des Vorstandes komme. Auch durch das Wissen und Wissenmüssen eines Vorstandsmitgliedes kann hier die Körperschaft als solche — aus gleichem Grunde — nicht berührt werden. —

„Für eine geordnete Vertretung zu sorgen ist hier einzig und allein Sache des öffentlichen Rechts; der zwingende Charakter des § 28 Abs. 2 ist hier ohne Giltigkeit.“[239])

Aus gleichem Grunde macht das Gesetz auch eine ausdrückliche Ausnahme dieser Vorschrift für Stiftungen, deren Verwaltung von einer öffentlichen Behörde geführt wird.[240]) Auch hier bedeutete eine Normierung einen Uebergriff in das öffentliche Recht; ebenso ist der § 28 Abs. 2 niemals anwendbar bei den einer Behörde gegenüber abzugebenden, s. g. amtsempfangsbedürftigen Willenserklärungen.[241])

„Die Repräsentation der öffentlichen Behörde, auch wo sie als fiduziarischer Disponent einer Privatstiftung eintritt, wenigstens in passiver Hinsicht anders zu regeln als in den darüber bestehenden öffentlich-rechtlichen Normen, würde bedenklich sein, im vorliegenden Falle umsomehr, als z. B. Gemeindevorstände nicht selten aus einer so grossen Anzahl von Mitgliedern bestehen, dass keine genügende Garantie dafür besteht, dass, was Einem zur Kenntnis komnt, auch der Gemeindevertretung als solcher stets mitgeteilt werde.“[242])

Es ist jedoch wohl zu bedenken, dass in der Praxis sich die Vertretung auch hier in ganz ähnlicher Weise darstellen wird, wie bei den Körperschaften des Privatrechts. Man scheute sich nur, darüber bestimmte Normen aufzustellen und damit in das öffentliche Recht einzugreifen. Die Vertretung ist hier regelmässig so geordnet, dass ein bestimmtes Mitglied des Vorstandes oder alternativ mehrere zur Empfangnahme von Erklärungen berechtigt sind. Auch hier wird wohl die Vertretung nie in der Weise geordnet sein, dass kumulativ mehrere Personen Erklärungsempfänger sein müssen. Nur darin besteht eben der Unterschied von den juristischen Personen des Privatrechts, dass hier nicht jedes Mitglied des Vorstandes zur Emgfangnahme befugt sein muss.

---

239) So auch Endemann Seite 216.

240) B.G.B. § 86.

241) Vgl. § 5 des Textes.

242) Kuhlenbeck Seite 257; so auch Protokolle Bd. 1, Seite 603, 4.

§ 29.

Was die rechtliche Behandlung der einem von mehreren Vertretern gegenüber abgegebenen Willenserklärung anlangt, so bietet sie keine wesentlichen Besonderheiten gegenüber der einem alleinigen Vertreter abgegebenen Erklärung. Nur ist die Person der andern Gesamtvertreter hier nicht völlig ausser Acht zu lassen. Wo die Kenntnis von Thatsachen auf seiten des Erklärungsempfängers für die Wirksamkeit der Willenserklärung von Erheblichkeit ist, so genügt die Kenntnis auf Seiten auch nur eines Gesamtvertreters, auch dessen, dem gegenüber die Erklärung nicht abgegeben ist; denn es wäre seine Pflicht gewesen, seine — gleichgiltig auf welche Weise erlangte — Kenntnis seinen Mitvertretern nicht vorzuenthalten. Hat er diese Pflicht verletzt, so darf das dem Erklärenden nicht zum Nachteil gereichen.[243])

Ein Spezialfall sei noch hervorgehoben: Hat einer der Gesamtvertreter den Erklärenden durch arglistige Täuschung zur Abgabe der Erklärung gegenüber einem andern der Gesamtvertreter bestimmt, so ist die Erklärung gleichwohl anfechtbar aus einem entsprechenden Grunde, wie oben angeführt, selbst wenn weder der Erklärungsempfänger noch der Vertretene die Täuschung kannten oder kennen mussten. Ein Gesamtvertreter ist in solchem Falle nicht als „Dritter“ im Sinne des § 123, 2 zu betrachten. —

§ 30.

Die einem der Gesamtvertreter, z. B. einem Vorstandsmitgliede des Vereins gegenüber abgegebene Willenserklärung hat die Wirkung einer dem Verein gegenüber erfolgten. Die Annahme einer Vertragsofferte gilt gemäss B.G.B. §§ 147_2, 148 als rechtzeitig zugegangen, wenn sie in der fraglichen Zeit auch nur einem Mitgliede des Vorstands zugeht; durch den einem Kollektivvertreter gemachten Vertragsantrag wird der Offerent nach Massgabe der §§ 145 ff. gebunden. Dies führt zu einer eigentümlichen Konsequenz. Wie ist die Frage zu beantworten, ob

---

[243]) In diesem Sinne auch die Seite 99 zitierte Reichsgerichtsentscheidungen.

die einem solchen Gesamtvertreter gemachte Offerte ein Antrag unter Anwesenden oder unter Abwesenden im Sinne des § 147 sei? Der Laie wird unbedenklich die erste Frage bejahen; jedoch ist gerade das Umgekehrte der Fall; denn das entscheidende Kriterium, wonach der anwesende Antragsempfänger im stande sein muss, sofort zu acceptieren,[244]) fehlt hier gerade, da der Kollektivvertreter zur Annahme nicht berechtigt ist. Mit einem Antrage „unter Abwesenden" steht freilich die sofortige Gebundenheit des Erklärenden nicht im Einklang. Da nach der Empfangstheorie die Erklärung erst wirksam wird, wenn sie dem Adressaten zugegangen ist, und solange der Erklärende zum Widerrufe berechtigt ist, wird man diesen Widerspruch nur so erklären können, indem man hier eine Ausnahme von der Empfangstheorie zu Gunsten der Aeusserungstheorie statuiert.

Die Bestimmung, dass die Abgabe der Erklärung gegenüber einem der Gesamtvertreter genüge, gilt natürlich nicht nur zu Gunsten, sondern auch zu Lasten des Erklärenden. Hat derselbe seine Erklärung auch an mehrere, z. B. an zwei Vorstandsmitglieder, durch einen Brief an jeden von ihnen gerichtet, so kann er nicht mehr widerrufen, sobald auch nur einer von beiden seinen Brief empfangen hat, mag der Brief des andern auch verloren oder erst viel später in die Hände des Adressaten gelangt sein. —

Was endlich die Vertretung ohne Vertretungsmacht anlangt, so bietet sie bei Vorhandensein von mehreren Vertretern keine Besonderheiten. Die einzige, vielleicht nicht in Betracht kommende Frage, wie sich die Rechtsverhältnisse stellen, wenn zwei oder mehrere *falsi procuratores* sich gemeinsam als empfangsberechtigt ausgeben und die Erklärung ihnen allen gegenüber abgegeben wird, ist zu unpraktisch und gekünstelt, als dass es sich verlohnte, darauf näher einzugehen: auch dürfte dies kaum wesentliche Abweichungen von den in §§ 22, 23 aufgestellten Grundsätzen darbieten.

---

[244]) Arg. B.G.B. § 147, 1.

Schlussbemerkung:

Betrachtung *de lege ferenda.*

§ 31.

Wenn uns zum Schluss noch eine kurze Bemerkung *de lege ferenda* gestattet ist, so wollen wir mit wenigen Worten nur auf einige kleine Aenderungen und Zusätze hinweisen, die im Interesse einer einheitlichen Regelung auch dieser passiven Seite der Vertretung wünschenswert wären, ohne dabei zu verkennen, dass das Bürgerliche Gesetzbuch, wie überhaupt in den Lehren des Allgemeinen Teils, so auch hier als ein wesentlicher Fortschritt gegenüber dem bisherigen Rechte zu betrachten ist, dass die bestehenden Bestimmungen, so vereinzelt sie auch sind, doch wenigstens einen festen Boden darbieten, auf dem man bei Lösungsversuchen fussen kann, und dass im Verhältnis dazu die Ausstellungen doch immerhin nur geringfügiger Natur sind.

Vor allem würde unseres Erachtens eine scharfe Präzisierung des Begriffs auch der passiven Vertretung nur mit Freuden begrüsst werden können und mancher müssigen Streitfrage, die sich darüber vielleicht noch entspinnen wird, vorbeugen. Es wäre daher wünschenswert eine nähere Ausführung des Gedankens in § 164 Abs. 3 anstatt des blossen Hinweises auf Abs. 1, dahingehend, dass eine einem Vertreter gegenüber abgegebene Willenserklärung nur dann wirksam sei, wenn der Erklärende erkennbar mache, dass die Erklärung für den Vertretenen Geltung haben solle, und wenn der Vertreter gewillt sei, die Erklärung in seiner Eigenschaft als Vertreter in Empfang zu nehmen.

Ferner würde es sich im Interesse einer einheitlichen Regelung empfehlen, die Bestimmung des § 164 Abs. 2, wonach bei Nichterkennbarkeit der Erklärende als Selbstpartei in Anspruch genommen werden könnte, auch auf die passive Vertretung auszudehnen: vom Standpunkte der *lex ferenda* liesse sich allerdings nicht einsehen, weshalb hier ein Unterschied zwischen der aktiven und passiven Vertretung gemacht werden sollte.

Eine das Rechtsgefühl schwer verletzende Bestimmung, die in gleicher Weise die aktive wie passive Seite der Vertretung betrifft, findet sich in § 166, indem darnach, soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis bezw. das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, abgesehen von dem Fall einer erteilten Instruktion, dem Vertretenen sein eigenes Kennen . . . . . nichts schaden soll, wenn nur der Vertreter *bona fide* war. Eine diesbezügliche abändernde Bestimmung wäre als ein entschiedener Fortschritt zu betrachten.

Erwünscht wäre auch eine nähere Ausführung des § 180 Satz 3 in der früher von uns dargelegten Weise. Aus den daselbst angegebenen Gründen empfiehlt es sich ferner, den *falsus procurator* auch bei schuldhafter Nichtkenntnis seiner Vertretungsmacht für Erfüllung resp. das Erfüllungsinteresse haften zu lassen, mithin in § 179_2 das Kennenmüssen dem Kennen gleichzustellen.

Endlich läge es auch im Interesse aller Beteiligten, einige Bestimmungen über das Rechtsverhältnis mehrerer Vertreter zu einander und in ihren Beziehungen zu Dritten aufzunehmen, und vor allem, zur Vermeidung etwaiger Unzuträglichkeiten, die Vorschrift des § 28_2 durch Ausdehnung auf alle Gesamtvertretungsverhältnisse zu verallgemeinern.